<36624754270013

Commentar

zu dem

bürgerlichen Gesetzbuche

für das Königreich Sachsen

und

zu der damit in Verbindung stehenden Publicationsverordnung
vom 2. Januar 1863

von

Dr. Eduard Siebenhaar,

Vicepräsidenten des K. S. Oberappellationsgerichts, Comthur des K. S. Civilverdienstordens, des Herzogl. Anhalt. Ordens Albrecht des Bären, des Sächs. Ernest. Hausordens, des K. Württemb. Friedrichsordens, des Kais. Oesterreich. Ordens der Eisernen Krone, des K. Bayr. Michaelsordens &c.

Zweite vollständig umgearbeitete Auflage.

Erster Band.

Leipzig, 1869.

J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung.

Commentar

zu dem

bürgerlichen Gesetzbuche

für das Königreich Sachsen.

Erster Band.

Die Publicationsverordnung, der allgemeine Theil und das Sachenrecht

bearbeitet

von

Dr. Eduard Siebenhaar,

Vicepräsidenten des K. S. Oberappellationsgerichts, Comthur des K. S. Civilverdienstordens, des Herzogl. Anhalt. Ordens Albrecht des Bären, des Sächs. Ernest. Hausordens, des K. Württemb. Friedrichsordens, des Kais. Oesterreich. Ordens der Eisernen Krone, des K. Bayr. Michaelsordens 2c.

und

Georg Siegmann,

K. S. Oberappellationsrath, Ritter des Herzogl. Anhalt. Ordens Albrecht des Bären.

Zweite vollständig umgearbeitete Auflage.

Leipzig, 1869.

J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung.

Vorwort.

Bei einem so umfassenden und inhaltsreichen Gesetze, wie dem bürgerlichen Gesetzbuche, welches in 2620 Paragraphen das gesammte bürgerliche Recht enthält, ist es für einen Jeden, der dasselbe zu studiren und, sei es als Richter oder als Sachwalter, anzuwenden hat, in hohem Grade wünschenswerth, einen festen Standpunkt zu fassen, von welchem bei der Interpretation des Gesetzes auszugehen, und auf welchen bei sich dabei ergebenden Zweifeln immer wieder zurückzukehren ist. Dieser Standpunkt ist der, daß das B. G.-B. auf unserm bisherigen Rechte beruht, dieses zu seiner Quelle hat und dieses, mit wenigen Ausnahmen, in welchen eine Vereinfachung oder Aenderung des Bestehenden für zweckmäßig gehalten worden ist, in einem Systeme übersichtlich zusammenstellt.

Wenn in dem Vorstehenden unser bisheriges Recht als die Quelle, aus welcher das B. G.-B. geschöpft worden ist, und als die Basis, auf welcher dasselbe beruht, bezeichnet wird, so ist vor dem Irrthume zu warnen, als ob dieses Recht mit dem Rechte identisch wäre, welches man gewöhnlich mit dem Namen *gemeines Recht* belegt. Nicht das *gemeine Recht*, unter welchem man bald das römische Recht, bald das römische, canonische und deutsche Recht, bald endlich die an dieses Recht sich anschließende Rechtswissenschaft versteht, sondern *das Recht, welches sich in Sachsen seit mehreren Jahrhunderten durch die Gesetzgebung und durch die Praxis gebildet hat*, liegt dem B. G.-B. zu Grunde. Sachsen gehört nämlich zu den wenigen Ländern, die ein besonderes Recht haben, in welchem das sog. Sachsenrecht und das gemeine Recht zu einem Ganzen verbunden sind, und die Forschungen der Wissenschaft, soweit dieselben zur unmittelbaren Anwendung auf das Leben benutzbare Ergebnisse lieferten, unter steter Wahrung der nothwendigen Continuität des Rechts, Anwendung gefunden haben. Daß sich in Sachsen ein solches einheitliches Recht bilden konnte, welches auf der

einen Seite ein Sachsen eigenthümliches war, ohne deshalb ein particularrechtliches zu sein, und auf der anderen Seite mit dem so genannten gemeinen Rechte im Wesentlichen übereinstimmte, ohne in diesem aufzugehen, war, abgesehen von dem den Sachsen eigenthümlichen Streben, ihr eigenes Recht zu haben und sich ein solches zu erhalten, und namentlich das ewige und unabänderliche Recht gegen den Eingang verflachender, lediglich auf Utilitätsrücksichten beruhender und den Eigennutz und Materialismus fördernder Ansichten sicher zu stellen, die Folge mehrerer zusammentreffender günstiger äußerer Nebenumstände, von welchen hier nur die hauptsächlichsten kürzlich erwähnt werden sollen.

Unter den äußeren Nebenumständen, welche die Entstehung eines eigenthümlichen Sächsischen Privatrechts möglich gemacht und befördert haben, nimmt der den ersten Platz ein, daß in Sachsen stets nur Ein Recht gegolten hat, daß nicht, wie dieß in anderen Ländern der Fall ist, verschiedene Provinzen verschiedene Rechte gehabt haben. Nur in Beziehung auf die Oberlausitz ließe sich behaupten, daß dieselbe in der älteren Zeit ein von dem im Königreich Sachsen geltenden, wenigstens zum Theil, abweichendes Recht gehabt habe. Indessen waren die Abweichungen mehr blos negativer Art, indem einige Landesgesetze in diesem Landestheile nicht publicirt waren. In neuerer Zeit sind aber diese Gesetze, mit geringen Ausnahmen, noch nachträglich in der Oberlausitz publicirt worden; seit dem Jahre 1821 hat weiter die officielle Gesetzsammlung auch für die Oberlausitz Gültigkeit erhalten und seit dem Jahre 1834 erstreckt sich die legislatorische Gewalt, wie sie nach der Verfassungsurkunde ausgeübt wird, auch auf diesen Theil des Königreichs. Uebelstände, wie sie in anderen Ländern, deren einzelne Provinzen verschiedene Rechte haben, in der Rechtspflege so häufig vorkommen, daß nämlich weder die einzelnen Localrechte rein aus sich selbst herausgebildet werden, noch ein über diesen stehendes einheitliches Recht zur Anerkennung gelangen kann, haben daher in Sachsen nie bestanden, vielmehr hat hier nur Ein Recht gegolten, welches auf deutschem Grund und Boden entstanden, von der namentlich durch das Studium des römischen und deutschen Rechts genährten Fackel der Rechtswissenschaft geläutert und durch weise Gesetzgebung und wissenschaftliche Praxis zur Vollendung gebracht worden ist.

Ein weiterer für die Entstehung eines einheitlichen Sächsischen Rechts ersprießlicher äußerer Nebenumstand besteht darin, daß bei uns das so genannte gemeine Recht lediglich die Eigenschaft eines subsidiären Rechts, und zwar erst nach den Landesgesetzen, nach dem in den Rechtsbüchern des Mittelalters enthaltenen

Rechte und nach dem mit diesen Rechtsquellen zusammenhängenden Gerichtsbrauche gehabt hat. Gewaltsame Aenderungen des einheimischen Rechts durch Einführung ganz entgegengesetzter oder veralteter römischer Rechtsansichten, wie sie in den Ländern, in welchen dem römischen Rechte in seiner Totalität Gesetzeskraft beigelegt worden ist, sich vollzogen haben, waren hiernach in Sachsen ausgeschlossen, und wenn sich auch nicht verkennen läßt, daß das römische Recht und die darauf gegründete Rechtswissenschaft auf die Fortbildung des Sächsischen Rechts fort und fort einen großen Einfluß gehabt haben, so hat dieß doch in der Regel nicht dahin geführt, daß dem Sächsischen Rechte eigenthümliche Institute durch das römische Recht verdrängt und bei Seite geschoben worden sind. Zum Beweise des Gesagten mag hier nur auf nachstehende zwei Beispiele Bezug genommen werden. Nach Sächsischem Rechte hat der Ehemann an dem Vermögen seiner Ehefrau das Recht der Verwaltung und der Nutznießung. Dieses Recht hat sich dem römischen Dotalrechte gegenüber erhalten, obschon im Uebrigen die Vorschriften des römischen Rechts über den ususfructus auch auf das Recht des Ehemanns an dem eheweiblichen Vermögen angewendet worden sind. Nach Sächsischem Rechte begründet weiter das Erbrecht lediglich eine vermögensrechtliche Succession, wovon ein Folgesatz der ist, daß der Erbe nie über die Kräfte des Nachlasses haftet. Auch hieran ist durch das römische Recht, welches, gestützt auf das Recht der sacra privata, das Erbrecht als eine Repräsentation der Person des Erblassers durch den Erben auffaßt, Etwas nicht geändert worden.

Zu den äußeren Nebenumständen, welche für die Einheit des Sächsischen Privatrechts günstig gewirkt haben, gehört noch der Umstand, daß in Sachsen locale Gewohnheitsrechte nur im Erbrechte gegolten haben und auch hier vor einem halben Jahrhundert aufgehoben worden sind, ingleichen der, daß eine Verschiedenheit des Privatrechts mit Rücksicht auf den Standesunterschied, z. B. ein besonderes Bauernrecht, wenigstens zur Zeit, nicht mehr besteht.

Man hat den Sächsischen Juristen, welche insgesammt ihrem Rechte mit treuer Liebe anhängen, mitunter den Vorwurf gemacht, daß sie für die Forschungen der Wissenschaft schwer zugänglich seien und zu sehr an dem Alten hängen. Dieser Vorwurf ist aber in keiner Weise gegründet. Ergäbe sich nicht schon aus den Schriften über Sächsisches Recht, daß das Studium des römischen Rechts unter den Sächsischen Praktikern zu allen Zeiten ein sehr reges und lebendiges gewesen wäre, so ließe sich zu dem Beweise dieser Thatsache noch auf den Umstand hinweisen, daß wenigstens in dem wichtigsten Theile der Jurisprudenz, nämlich dem,

welcher in der richterlichen Entscheidung besteht, der Unterschied zwischen Theorie und Praxis, zwischen Trägern der Wissenschaft und Praktikern, bis in die neueste Zeit in Sachsen aus dem Grunde ganz unbekannt war, weil die Juristenfacultät in Leipzig, in einer Zusammensetzung aus den ordentlichen Professoren und aus Solchen, welche pro facultate disputirt hatten, die erste Instanz für die Civilsachen bildete. Diese Einrichtung hat zwar in Folge der neueren Gerichtsverfassung aufgehört. Aber die enge Verbindung, welche dadurch zwischen Theorie und Praxis begründet worden ist, wirkt noch immer fort. Ist schon nach dem bisher Gesagten nicht zu erwarten, daß die Sächsischen Juristen sich gegen die Fortschritte der Rechtswissenschaft abschließen und gegen bessere Erkenntniß an dem Alten hängen sollten, so giebt fast jedes rechtliche Erkenntniß, welches in Sachsen gesprochen wird, Zeugniß davon, daß das Sächsische Recht durch die Rechtswissenschaft fortgebildet wird. Nur darf man von den Sächsischen Juristen nicht verlangen, daß sie jeder Ansicht, welche in der Wissenschaft einmal aufgestellt wird, sofort ohne reifliche Prüfung folgen sollen. Einer solchen Beweglichkeit sind die Sächsischen Juristen allerdings nicht fähig, und wenn sie insbesondere dem gelehrten Streite über die Regel: dies interpellat pro homine, über die sog. pacta realia, über die Perfection der Verträge, über das periculum obligationis, über die Natur der Cession der Forderungen und der Gesammtschuldverhältnisse rc. unbeweglich zugesehen haben, weil das, was daraus schließlich heraussprang, in Sachsen bereits unzweifelhaft feststand, so trifft sie gewiß nicht der Vorwurf der Unzugänglichkeit für die Forschungen der Wissenschaft. Diese vorsichtige Prüfung neuerer Ansichten vor ihrer Uebertragung auf das praktische Leben hat aber auch namentlich das Gute gehabt, daß die Sächsischen Juristen der Wissenschaft in der Sichtung der noch anwendbaren römischen und deutschen Bestimmungen von den abgestorbenen und veralteten in so fern vorausgeeilt sind, als sie diese letzteren Bestimmungen gar nicht erst recipirt haben.

Nach Dem, was bisher über das Verhältniß des B. G.-B. zu unserm bisherigen Rechte gesagt worden ist, bedarf es nicht einer längeren Entwickelung des Zweckes des gegenwärtigen Commentars. Dieser Zweck besteht und kann nur darin bestehen, das Verständniß des B. G.-B. dadurch zu erleichtern und zu befördern, daß der Zusammenhang zwischen unserem bisherigen Rechte und dem B. G.-B. nachgewiesen, das letztere aus dem ersteren erklärt und auf die wenigen Aenderungen des ersteren durch das letztere aufmerksam gemacht wird. Wenn schon nach der ganzen Anlage des B. G.-B. ein den Rechtsverkehr störender Ueber-

gang von dem alten Rechte zu dem neuen nicht zu befürchten ist, so soll der gegenwärtige Commentar durch eine in das Einzelne gehende Vergleichung des durch das B. G.-B. neu eingeführten Rechts mit dem gegenwärtig bestehenden diesen Uebergang noch erleichtern und gleichsam zu einem unbewußten machen.

Wenn der Unterzeichnete den Commentar nicht allein bearbeitete, sondern dessen Bearbeitung zum Theil in andere Hände, nämlich die Bearbeitung des Sachenrechts in die Hände des Oberappellationsraths Siegmann und die des Rechts der Forderungen in die Hände des Oberappellationsraths Dr. Pöschmann legte, so waren dafür sehr triftige Gründe vorhanden. Erstens würde es für den Einzelnen nicht wohl möglich gewesen sein, mit dem Commentar bis zu der Zeit, zu welcher das B. G.-B. muthmaßlich in Kraft treten wird, zu Stande zu kommen. Sodann wäre zu befürchten gewesen, daß die Arbeit eines Einzelnen eine zu einseitige werden möchte, während sie bei einer Theilung unter Mehreren an Gründlichkeit, Mannichfaltigkeit und Frische gewinnen wird. Endlich konnte sich der Unterzeichnete der Ueberzeugung nicht entziehen, daß gerade die genannten zwei Männer, wegen ihrer gründlichen Kenntniß des Sächsischen Rechts, zu der Commentirung des bürgerlichen Gesetzbuches vor Allen berufen wären.

Wie bei der Länge des zwischen der Publication und der Einführung des B. G.-B. inne liegenden Zeitraumes und bei dem fortwährenden Drängen nach neuen Gesetzen, welches unserem Zeitalter eigenthümlich ist, nicht anders zu erwarten war, sind, bevor noch das B. G.-B. in Kraft getreten ist, zwei Gesetze bei dem gegenwärtigen Landtage beschlossen worden, welche dasselbe wieder abändern; nämlich ein Gesetz über das Hazardspiel und ein Gesetz, durch welches die vertragsmäßigen Zinsen von jeder gesetzlichen Beschränkung befreit worden sind. Das letztere Gesetz, welches man bereits auf dem vorletzten Landtage für ein durch die Zeitverhältnisse gebotenes und nahe bevorstehendes ansah, hat Einfluß auf die §§ 4. 5 der Publicationsverordnung, indem nur diese als erledigt gelten können, während Bestimmungen des B. G.-B., welche auf Zinsverbote Rücksicht nehmen, nur in so weit eine Modification erleiden, als es künftig kein die Höhe der vertragsmäßigen Zinsen beschränkendes Verbot mehr geben wird. Auf das Gesetz über das Hazardspiel wird an der einschlagenden Stelle des B. G.-B. Rücksicht genommen werden.

Die Ausführungsverordnung zu dem B. G.-B., in welcher im Wesentlichen blos die processualen und reglementären Vorschriften zusammen zu stellen sein werden, die neben den materiellen Bestimmungen des B. G.-B. in Gültigkeit bleiben, wird

Etwas nicht enthalten, was nicht schon ohnedem bei Erklärung des G.-B. als bekannt voraus zu setzen gewesen wäre. Dieselbe wird daher für den Commentar selbst ohne Einfluß sein. Man beabsichtigt aber, die Ausführungsverordnung dem Commentar an Schlusse andrucken zu lassen, und, soweit dieß überhaupt nöthig sein sollte, einige Bemerkungen zu derselben zu machen.

Der ganze Commentar wird, einschließlich eines ausführlichen Wort- und Sachregisters, nicht mehr als 60 bis 66 Druckbogen umfassen und in 3 Bände zerfallen, von welchen der erste, hier vorliegende, die Publicationsverordnung, den allgemeinen Theil und das Sachenrecht (§§ 1—661), der zweite das Recht der Forderungen (§§ 662—1567), endlich der dritte das Familien- und Vormundschaftsrecht und das Erbrecht (§§ 1568—2620) enthalten.

Das Schicksal eines Gesetzbuchs hängt insbesondere von dem Wohlwollen ab, mit welchem dasselbe von Denjenigen aufgenommen wird, die zu dessen Anwendung berufen sind. Möge das B. G.-B. diese wohlwollende Aufnahme finden, und dieser Commentar zur Empfehlung desselben gereichen.

Geschrieben Dresden im Monat August 1864.

Dr. Siebenhaar.

Vorwort.

Der Standpunkt, welchen meine Herren Mitarbeiter und ich bei dieser neuen Auflage des Commentars zum bürgerlichen Gesetzbuche genommen haben, ist ein von dem bei der ersten Auflage genommenen völlig verschiedener. Während nämlich bei der ersten Auflage die Aufgabe nur die sein konnte, durch Hervorhebung der wichtigsten Unterschiede zwischen dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuchs und dem Rechte, welches bis dahin gegolten hatte, den Uebergang von diesem auf jenes zu erleichtern und zu einem gleichsam unbewußten zu machen, mußte bei der zweiten Auflage das reiche Material, welches die vierjährige praktische Anwendung des bürgerlichen Gesetzbuchs geliefert hatte, zur Grundlage genommen, hierauf der weitere Ausbau des neuen Rechts gestützt und der wissenschaftlichen Ausbildung der Praxis vorgearbeitet werden.

Die gegenwärtige zweite Auflage, welche auch eine Menge Nachträge aus den nach dem bürgerlichen Gesetzbuche liegenden neueren Gesetzen, namentlich auf dem Gebiete der Verwaltung und des bürgerlichen Processes, geben mußte, ist hiernach nur ihrer äußeren Form nach eine neue Auflage des Commentars, in der Wirklichkeit aber ein ganz umgearbeiteter Commentar.

In Beziehung auf die Vertheilung der Materien unter die Mitarbeiter hat sich bei dieser zweiten Auflage Etwas nicht geändert. Ich habe die Publicationsverordnung und die §§ 1 bis mit 216 sowie die §§ 1568 bis 2620 (allgemeiner Theil, Besitz,

Familien- und Vormundschaftsrecht und Erbrecht), der Oberappellationsrath Ritter Siegmann hat die §§ 217 bis 661 (Sachenrecht) und der Oberappellationsrath Dr. Pöschmann hat die §§ 662 bis 1567 (Obligationenrecht) bearbeitet.

Möge diese zweite Auflage eine ebenso günstige Aufnahme finden, wie die erste. Man wird, dieß glaube ich versichern zu können, den Commentar nie nachschlagen, ohne die gewünschte Auskunft darin zu finden.

Dresden, im Mai 1869.

Dr. Siebenhaar.

Inhaltsübersicht.

Zweiter Theil.

Das Sachenrecht.

Verordnung,

die Publication des bürgerlichen Gesetzbuchs betreffend;

vom 2. Januar 1863.

Wir, Johann, von Gottes Gnaden König von Sachsen,

2c. 2c. 2c.

haben für nöthig befunden, ein bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen bearbeiten zu lassen, und machen dasselbe, unter Zustimmung Unserer getreuen Stände, hierdurch öffentlich bekannt, indem Wir zugleich über dessen Anwendung Nachstehendes bestimmen.

§ 1. Der Zeitpunkt, mit welchem das bürgerliche Gesetzbuch in Kraft treten soll, wird von Unserem Justizministerium durch Verordnung dergestalt bestimmt werden, daß zwischen der Publication des Gesetzbuchs und dem Zeitpunkte, mit welchem dasselbe in Kraft tritt, wenigstens ein Jahr inne liegt.

Das bürgerliche Gesetzbuch ist zufolge der Verordnung, die Ein= und Ausführung des B. G.=B. für das Königreich Sachsen betreff. v. 9. Januar 1865, mit dem ersten März 1865 in Kraft getreten. Dieser letztere Zeitpunkt gilt namentlich für die Frage der Anwendbarkeit des Gesetzbuchs auf frühere Fälle, weil die im § 5 des Gesetzes vom 6. September 1834 erwähnte fünfzehntägige Frist durch die Festsetzung eines bestimmten Tages, mit welchem das Gesetzbuch in Kraft getreten, ausgeschlossen ist. Gleichzeitig mit der angegebenen Ein= und Ausführungsverordnung ist eine Verordnung, das Verfahren in nichtstreitigen Rechtsachen betreffend, v. 9. Januar 1865, erschienen, auf welche sich die Verordnung, die fernere Gültigkeit der Verordnung vom 9. Januar 1865, sowie einige andere Bestimmungen über das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen betreffend, vom 3. August 1868, bezieht.

---

§ 2. Von dem Zeitpunkte an, mit welchem das bürgerliche Gesetzbuch nach § 1 in Kraft tritt, werden alle bisher gültige Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, welche in dem Gesetzbuche nicht aufgenommen oder in § 3 nicht ausdrücklich ausgenommen worden sind, aufgehoben.

Das Recht hat die Macht des Rechtssubjects (der Person) über das Rechtsobject (die körperliche Sache) zu seinem Fundamente, indem es diese, unter gewissen Voraussetzungen, anerkennt und gegen Störungen und Verletzungen schützt. Ist die vom Rechte anerkannte und gegen Störungen und Verletzungen geschützte Macht eine Macht Einzel=

ner, oder steht sie unmittelbar Einzelnen zu, so ist sie ein Privatrecht. Im Gegensatze dazu steht das öffentliche Recht oder das Recht, welches unmittelbar der Gesammtheit der Glieder eines Staates oder dem Staate, als solchem, und nur mittelbar dem Einzelnen zusteht oder zu Gute kommt. Das bürgerliche Gesetzbuch umfaßt die Normen des Privatrechts; alle hierauf bezügliche ältere Gesetze, mit alleiniger Ausnahme der im nachstehenden § aufgeführten, sind aufgehoben und haben von dem Zeitpunkte, mit welchem das bürgerliche Gesetzbuch in Kraft getreten ist, ihre Anwendbarkeit verloren.

Man hat sehr häufig die Frage gestellt, in welchen Beziehungen das B. G.-B. das ältere Privatrecht geändert habe? Diese Frage läßt sich in dieser Allgemeinheit nicht beantworten. Zunächst müßte man wissen, auf welchem Standpunkte der Kenntniß des älteren Rechts der Fragende selbst gestanden habe, weil bekanntlich vor dem B. G.-B. eine Menge Irrlehren verbreitet waren, welche von Einigen geglaubt, von Anderen aber nicht geglaubt wurden. Sodann war das Recht vor dem B. G.-B. in vielen Theilen zweifelhaft, ungewiß und bestritten; es fehlt daher zu einer Vergleichung des Rechts des B. G.-B. mit dem Rechte, welches bis dahin gegolten hatte, an dem erforderlichen Anhalten. Denn das Klare, Gewisse und Bestimmte läßt sich nicht mit dem Unklaren, Ungewissen und Unbestimmten vergleichen. Als allgemeine Regel gilt die, daß das B. G.-B. aus dem Rechte, welches früher gegolten hat, das Richtige ausgewählt, dagegen das Unrichtige weggelassen hat. Bei einem Gesetze hat dieß die Bedeutung, daß lediglich die im Gesetze enthaltenen Bestimmungen gelten, dagegen die nicht darin aufgenommenen, sollten sie auch je einmal gegolten haben, nicht mehr gelten.

Die oben angegebene Frage hat lediglich bei einzelnen Rechtsinstituten, z. B. Eigenthum, Dienstbarkeit, Ehe, väterliche Gewalt, Vormundschaft, Erbrecht u. s. w. einen Sinn. In Beziehung auf diese Rechtsinstitute läßt sich die Frage, ob das B. G.-B. Etwas geändert habe, beantworten, und diese Beantwortung wird man bei den betreffenden Lehren in diesem Commentare finden.

---

§ 3. Neben dem bürgerlichen Gesetzbuche bleiben noch ferner in Kraft:

1) alle in Verwaltungsgesetzen zugleich über Gegenstände des bürgerlichen Rechts mit enthaltenen Bestimmungen;
2) die in den Ablösungsgesetzen getroffenen Bestimmungen;
3) die Bestimmungen über die besonderen Rechtsverhältnisse der Bannrechte, Erbpachts- und Erbzinsgüter;
4) das Lehnrecht;
5) die gesetzlichen Bestimmungen über:
   a) Jagdrecht und Fischerei,
   b) das Handelsrecht,
   c) das Wechselrecht mit Einschluß der Bestimmungen über die kaufmännischen Anweisungen,
   d) das Wasserrecht, soweit nicht in §§ 281 bis 283 und §§ 354 bis 356 etwas Anderes bestimmt ist, und
   e) das Eigenthum an literarischen und künstlerischen Erzeugnissen;
6) die Berggesetzgebung;
7) das Concursrecht.

Daß alle Gesetze, welche keine privatrechtlichen sind, auch nach der Inkrafttretung des B. G.-B. ihre Gültigkeit behalten, also die öffentlichen, insbesondere auf die Verwaltung und das Militärwesen bezüglichen, die kirchenrechtlichen, die strafrechtlichen und proceßrechtlichen[1], versteht sich so sehr von selbst, daß es einer dieß noch besonders ausdrückenden Bestimmung nicht bedurfte. Ebenso wenig wird durch das B. G.-B. an den Recessen zwischen dem Königreich Sachsen und dem Hause Schönburg Etwas geändert, vielmehr behält das letztere, wie es nach der Beschaffenheit und Bestimmung jener Recesse nicht anders sein kann, alle ihm receßmäßig zukommenden Rechte, insbesondere auch in so weit, als ihm darnach gewisse jura fisci zustehen.

So viel die unter Nr. 1 angegebenen Verwaltungsgesetze betrifft, welche civilrechtliche Bestimmungen enthalten, so werden zu den einschlagenden §§ wenigstens die hauptsächlichsten angezogen werden. Vorläufig geben wir ein Verzeichniß der wichtigern neuern Verwaltungsgesetze:

Gesetze für die Studirenden auf der Universität Leipzig vom 29. März 1822 (G.-S., S. 293 folg.), Rescript der evangel. wirkl. Geh. Räthe an das Oberconsistorium, den § 47 u. folg. der Gesetze für die Studirenden auf der Universität Leipzig betreff. v. 27. Jan. 1830 (G.-S., S. 15 folg.). (Der letzte Landtag hat die Aufhebung der academischen Gesetze beschlossen; das hierauf bezügliche Gesetz ist aber zur Zeit noch nicht erschienen.)

Gesindeordnung v. 10. Jan. 1835 (G.- u. V.-Bl., S. 18 folg.).

Armenordnung für das Königreich Sachsen v. 22. October 1840 (G.- u. V.-Bl., S. 257 folg.). Zu erwähnen ist hierbei, daß in Beziehung auf die Landesversorgungs- und Landesheilanstalten die Vorschrift des Mandats wegen Versorgung der Armen und Abstellung des Bettelwesens v. 11. April 1772, Cap. I. § 11 u. Cap. III. § 7 (Cod. A. C. II. Abth. 1, S. 645. 655), welche im Erbfolgemandat v. 31. Jan. 1829, § 130 bestätigt worden ist, auch noch neben dem B. G.-B. ihre Gültigkeit behält, weil das B. G.-B. in § 2057 folg. zwar über das Erbrecht jener Anstalten Bestimmungen hat, jene Vorschrift aber, wie dieß auch in dem angegebenen Erbfolgemandate durch die Fassung des betreffenden § nicht undeutlich anerkannt wird, keine erbrechtliche ist.

Gesetz, die Aufhebung und Abänderung einiger Bestimmungen der Armenordnung betreff. v. 5. Mai 1867.

Gesetz über die Berichtigung von Wasserläufen und die Ausführung von Ent- und Bewässerungsanlagen v. 15. August 1855. Gesetz, die Errichtung einer Landescultur-Rentenbank betreff. v. 26. Nov. 1861. Gesetz, zu Abänderung und Erläuterung einiger Bestimmungen des Gesetzes über die Berichtigung der Wasserläufe u. s. w. v. 15. August 1855, v. 9. Februar 1864.

Gesetz über die Zusammenlegung der Grundstücke v. 23. Juli 1861 (G.- u. V.-Bl., S. 117 folg.).

---

1. Soviel den Civilproceß betrifft, so bezieht sich das Gesagte nur auf die Formen des Processes. Für den materiellen Proceß ist das B. G.-B. maßgebend, z. B. für die auctoris nominatio §§ 320. 324. 534., für die litis denunciatio §§ 933 bis 935. Weiter findet nach dem B. G.-B. das possessorium ordinarium nicht mehr statt. (Annalen N. F. Bd. 3, S. 473 folg.) Endlich fällt, da das bürgerliche Gesetzbuch das beneficium restitutionis in integrum nicht kennt, nach der consequenteren Ansicht, das beneficium restitutionis in integrum ex persona und ex causa auch im Processe weg. Leider! hat der alles Gute zerstörende Zeitgeist nunmehr auch den Civilproceß ergriffen und wir haben eine sog. gemeinsame Civilproceßordnung zu erwarten, welche voraussichtlich, wie dieß das allg. d. Handelsgesetzbuch gethan hat, selbst das Gute was wir bisher hatten, einreißen wird, ohne dafür irgend etwas Besseres zu bieten.

Gewerbegesetz v. 15. Oct. 1861 (G.- u. V.-Bl., S. 187 folg.). Gesetz, die Entschädigung für den Wegfall u. s. w. v. 15. October 1861.

Gesetz, das Immobiliar-Brandversicherungswesen betreff. v. 23. Aug. 1862 (G.- u. V.-Bl., S. 339 folg.). (Vorzüglich wichtig ist der sechste Abschnitt.) Ausführungsverordnung zu dem Immobiliar-Brandversicherungsgesetze v. 20. October 1862.

Gesetz, das Hazardspiel, andere Spiele und Wetten betreff. v. 11. April 1864.

Gesetz, die Aufhebung der Zinsbeschränkungen betreff. v. 25. October 1864.

Gesetz über das Postwesen des norddeutschen Bundes v. 2. November 1867. Bekanntmachung, das Reglement zu dem Gesetze über das Postwesen des norddeutschen Bundes v. 11. December 1867 betreff. v. 23. December 1867.

Verordnung, den Gerichtsstand der Militärpersonen in bürgerlichen Rechtssachen und einige auf die bürgerlichen Rechtsverhältnisse dieser Personen bezüglichen Bestimmungen betreff. v. 4. December 1867. (Hervorzuheben ist der Abschnitt VII., welcher Vorschriften über die privilegirten militärischen Testamente enthält.)

Gesetz, die Publication der Kirchenvorstands- und Synodalordnung, sowie die Vertretung der evangelisch-lutherischen Kirchengemeinden betreff. v. 30. März 1868.

Gesetz, die Gültigkeit der Localbauordnungen betreff. v. 11. Juni 1868.

Gesetz, die juristischen Personen betreff. v. 15. Juni 1868.

Gesetz, die Rinderpest u. s. w. v. 30. April 1868.

Nachtragsgesetz zum Gewerbegesetz v. 23. Juni 1868.

Soviel die unter Nr. 2 erwähnten Ablösungsgesetze betrifft, so gehören hierher: Gesetz über Ablösungen und Gemeinheitstheilungen vom 17. März 1832 (G.-S., S. 163 folg.). Gesetz über die Errichtung der Landrentenbank v. 17. März 1832 (G.-S., S. 267 folg.). Verordnung, die v. 1. Jan. 1833 an ꝛc. Gemeinheitstheilungen betreff., v. 13. Dec. 1832 (G.-S., S. 445). Gesetz, die Suspension der Jagdfrohnen, den Erlaß der Wolfsjagd-Dienstgelder und der Heckenhaferzinsen v. 3. Sept. 1833 (G.-S., S. 81 folg.). Verordnung des Finanz-Ministerii an ꝛc. zu entrichtenden Geldzinsen betreff. v. 28. Sept. 1833 (G.-S., S. 113 folg.). Verordnung der Ministerien der Justiz und des Innern, die nach § 213 des Ablösungsgesetzes v. 17. März 1832 von den Hypothekenbehörden auszustellenden Zeugnisse ꝛc. Obliegenheiten betreff. v. 1. Oct. 1836 (G.- u. V.-Bl., S. 267 folg.). Gesetz, die Beschränkung der Edictalvorladungen wegen ꝛc. nach dem Gesetz v. 17. März 1832 betreff. v. 15. Jan. 1838 (G.- u. V.-Bl., S. 33 folg.). Gesetz, die Aufhebung des Bier- u. Mehlzwanges betreff. v. 27. März 1838 (G.- u. V.-Bl. S. 245). Gesetz über die Ablösung der Naturalleistungen an Geistliche und Schullehrer, v. 14. Juli 1840 (G.- u. V.-Bl., S. 146 folg.). Gesetz, einige nachträgliche Bestimmungen zum Ablösungsgesetz betreff. v. 21. Juli 1846 (G.- u. V.-Bl., S. 70 folg.). Gesetz, die Schutzunterthänigkeit ꝛc. betreff. v. 21. Juli 1846 (G.- u. V.-Bl., S. 76 folg.). Gesetz, einige veränderte Bestimmungen über die Ablösung der Lehngeldverpflicht betreff. v. 11. Nov. 1850 (G.- u. V.-Bl., S. 258 folg.). Gesetz, die ꝛc. Naturalleistungen an Geistliche und Schullehrer betreff. v. 10. Febr. 1851 (G.- u. V.-Bl., S. 45 folg.). Gesetz, Nachträge zum Ablösungsgesetz v. 15. Mai 1851 (G.- u. V.-Bl., S. 129 folg.). Verordnung des Cultusministeriums, die Ablösung ꝛc. betreff. v. 26. Jan. 1852 (G.- u. V.-Bl., S. 14 folg.). Verordnung der Ministerien der Justiz und des Innern, die Ablösung der Erbzinsqualität betreff. v. 28. Mai 1852 (G.- u. V.-Bl., S. 235 folg.). Verordnung der Ministerien des Innern und der Finanzen, die Ablösung der auf Grundstücken ꝛc. betreff. v. 28. Juli 1853 (G.- u. V.-Bl., S. 164 folg.). Verordnung des Ministeriums des Innern, die Ablösung ꝛc. Schullehrer betreff. v. 22. Oct. 1853 (G.- u. V.-Bl., S. 202 folg.). Verordnung des Cultusministeriums, die Provocation ꝛc. Kir-

chendienern zustehen, v. 25. Oct. 1853 (G.- u. V.-Bl., S. 257 folg.). Erläuterungsgesetz zu dem Gesetz v. 27. März 1838 v. 11. Juli 1864 (G.- u. V.-Bl., S. 245).

Anlangend die unter Nr. 3 und 4 angegebenen Rechtsverhältnisse, so können dieselben nach dem § 226 des B. G.-B. nicht mehr entstehen. Auf vorher entstandene finden die älteren auf die Theilung des Eigenthums in Obereigenthum und nutzbares Eigenthum bezüglichen Gesetze Anwendung.

Angehend Nr. 5 unter a, so sprach sich der Dep.-Bericht der I. Kammer über die Verordnung, die Publication des ꝛc. Gesetzbuchs betreff. (Beil. (Landtagsacten) z. 2. Abth., Bd. 3, S. 344) also aus: „Räthlich erscheint es jedenfalls, in diesem § der gesetzlichen Bestimmungen über Jagdrecht und Fischerei zu gedenken, da es bezüglich des Gesetzes, das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden betreff. v. 25. Nov. 1858, welches auch civilrechtliche Bestimmungen enthält, zweifelhaft ist, ob solches zu den Ablösungsgesetzen zu rechnen sein dürfte, rücksichtlich der Fischerei aber für die Oberlausitz die Landesordnung v. 6. Mai 1597 „zum Fünften" civilrechtliche Bestimmungen enthält." Dem stimmte der Dep.-Bericht der II. Kammer (Beil. z. 3. Abth., Bd. 3, S. 934) bei, indem er ausführte, „der Zweck des § sei dahin gerichtet, diejenigen, das Privatrecht betreffenden, beziehentlich mit demselben mehr oder weniger zusammenhängenden Materien bestimmt zu bezeichnen, auf welche sich das bürgerliche Gesetzbuch nicht bezieht. Aus diesem Gesichtspunkt betrachtet, erscheine die ganz allgemeine Erwähnung der „Jagd und Fischerei" allerdings zweckmäßig. Polizeiliche Anordnungen in Betreff der Ausübung der Jagd und Fischerei werden auch ohne besondere Erwähnung fortbestehen. Da aber das B. G.-B. auch in Betreff der dabei einschlagenden Verhältnisse keine directen Bestimmungen enthalte, vielmehr in § 242 des Entwurfs (§ 231 des B. G.-B.) bestimme, daß herrenlose Sachen, bei welchen ein ausschließliches Recht der Zueignung in Bezirken oder auf einzelnen Grundstücken besteht, nur der Berechtigte durch Besitzergreifung eigenthümlich erwerben kann, so möchte es zu Mißverständnissen führen, wenn die hier fraglichen Ausnahmen nicht erwähnt würden. Soviel namentlich die sog. „wilde Fischerei" angehe, würde sich mit weiterer Regulirung des Wasserrechts wahrscheinlich auch in Betreff des Befugnisses zur Ausübung der Fischerei in fließenden Wässern die Feststellung bestimmterer Normen nöthig machen. Inzwischen solle hierin das B. G.-B. nichts ändern. Auf Fischereien in Teichen dürfe die Ausnahme, wie schon aus § 70 des Entwurfs (§ 68 des B. G.-B.) hervorgehe, nicht bezogen werden". (Man vergl. auch Annalen N. F. Bd. 1, S. 543 folg. Bd. 3, S. 460 folg. Bd. 4, S. 102 folg.) Ueber die Ausübung der Fischerei in fließenden Gewässern ist das Gesetz, über die Ausübung der Fischerei in fließenden Wässern, vom 15. October 1868 (zum Theil wenigstens privatrechtlichen Inhalts) erschienen. Rücksichtlich des Jagdrechtes ist das Gesetz, die Ausübung der Jagd betreff. vom 1. December 1864 nachzutragen.

Zu Nr. 5 b. c. d. e. 6 und 7 sind die allgemeinen Motive zum B. G.-B. S. 452 folg. zu vergleichen. Jedoch mag noch Nachstehendes bemerkt werden:

a) Zu der allg. d. Wechselordnung sind die sog. Nürnberger Novellen in dem Gesetze, einige Erläuterungen der allg. d. W.-O. betreff. vom 10. Mai 1864 publicirt worden. Ueber den Werth dieser Novellen ist zu vergleichen Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht Bd. 16, S. 113 folg., insbesondere S. 122. 129. 131. not. 17. (Man vrgl. auch Annalen Bd. 7, S. 481.) Auch hat ein norddeutsches Bundesgesetz vom 29. Mai 1868 die Wechselhaft aufzuheben beabsichtigt; das Gesetz ist aber so unvollkommen gefaßt, daß die Aufhebung der Wechselhaft kaum darin zu finden sein dürfte.

b) Das allg. d. Handelsgesetzbuch ist durch Gesetz, die Einführung des allg. d. Handelsgesetzbuchs betreff. v. 30. October 1861 publicirt worden. Dazu ge-

hört die Verordnung, zu Ausführung des allg. d. Handelsgesetzbuchs betreff. vom 30. December 1861 (wegen Einführung der Handelsgerichte bemerkenswerth). Soviel das Verhältniß des Handelsgesetzbuchs zu dem bürgerlichen Gesetzbuch betrifft, so beruht so viel außer Zweifel, daß das erstere ein Specialgesetz ist, welches, soweit nur überhaupt möglich, mit dem letzteren in Einklang gebracht werden muß.

c) Mittelst Verordnung, die Erlassung eines allg. Berggesetzes betreff. v. 16. Juni 1868, ist ein allgemeines Berggesetz publicirt worden. Endlich ist

d) soviel das Concursrecht betrifft, das Gesetz, einige Bestimmungen über den Concurs der Gläubiger betreffend, vom 8. Juli 1868 zu erwähnen.

---

§ 4. Vertragsmäßige Zinsen für die gestattete Benutzung einer Summe Geldes dürfen von dem Zeitpunkte an, mit welchem das bürgerliche Gesetzbuch in Kraft tritt, nicht sechs, und bei nicht hypothekarischen Forderungen bis zu fünfzig Thalern und mit einer nicht längeren als halbjährigen Zahlungsfrist, nicht acht vom Hundert übersteigen, ausgenommen:

1) wenn und soweit die Staatsregierung die Festsetzung eines höheren, als des gesetzlich erlaubten Zinses gestattet;
2) wenn und soweit die Obrigkeit im einzelnen Falle nach geschehener Prüfung der Verhältnisse eine solche Erlaubniß ertheilt;
3) bei eigentlichen kaufmännischen, diesem Gewerbbetriebe eigenthümlichen, Geschäften und bei Darlehnen zum Betriebe von kaufmännischen und Fabrik-Geschäften;
4) wenn bei einem zu einem gefahrvollen Unternehmen gegebenen Darlehne der Gläubiger die Gefahr zugleich dergestalt übernimmt, daß im Falle des Eintritts derselben der Schuldner von der Rückzahlung des Darlehns befreit sein soll.

---

§ 5. Mit Ausnahme der im vorigen Paragraphen unter 1 bis 4 erwähnten Fälle sind Rechtsgeschäfte, bei welchen der im vorigen Paragraphen angegebene Zinsfuß offen oder versteckt überschritten, oder den §§ 679 bis 681 des bürgerlichen Gesetzbuchs entgegen gehandelt worden, soweit das eine oder das andere der Fall ist, auch dann nichtig, wenn nach den Strafgesetzen ein strafbarer Wucher nicht anzunehmen ist.[1]

---

1. In der Verordnung, die Ein- und Ausführung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen betreffend, vom 9. Januar 1865 § 2 sind die vorstehenden §§ 4 und 5 für durch das Gesetz, die Aufhebung der Zinsbeschränkungen betreff. v. 25. October 1864 erledigt angesehen worden. An sich würden daher diese §§ sammt den dazu gegebenen Erläuterungen ganz wegzulassen gewesen sein, weil sie nie Gesetzeskraft erlangt haben. Dessenungeachtet hat man diese Folge nicht anerkannt. Das Gesetz vom 25. October 1864 hat nämlich nach § 4 nur insoweit retroactive Kraft, als es sich um die Strafbestimmungen über den Wucher handelt. Dagegen finden in Fällen, welche vor dem Gesetze

(Dep.-Ber. der I. Kammer über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Landt.-Act. v. J. 1860/61, Beil. z. 2. Abth., Bd. 1, S. 547 folg., insbesond. S. 585 folg. Dep.-Ber. der II. Kammer, den mittelst der Königl. Decrete v. 30. Nov. 1860 u. v. 29. Jan. 1861 der Ständeversammlung vorgelegten Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königr. Sachsen betreff., Beil z. 3. Abth., Bd. 3, S. 753 folg., insbesond. S. 794. Dep.-Ber. der I. Kammer über die Verordnung, die Publication des bürgerlichen Gesetzbuchs betreff., S. 344 folg. Dep.-Ber. der II. Kammer über die Verordnung, die Publication des bürgerlichen Gesetzbuchs betreff., S. 935.)

Zum richtigen Verständnisse dieser §§ wird es wesentlich beitragen, wenn man sich den Zustand der Gesetzgebung über die vertragsmäßigen Zinsen vor dem bürgerlichen Gesetzbuche vergegenwärtigt.

Das Mandat vom 20. Dec. 1766 § 2 bestimmte, „daß Niemand von ausgeliehenen Capitalien und auf Credit gegebenen Waaren, außer was den sechsten Zinsthaler bei Wechseln betrifft, ein Mehreres, als fünf vom Hundert landüblich zu fordern berechtigt sein solle". Daneben wurde aber nach dem Gerichtsbrauch das Nehmen höherer Zinsen gestattet, wenn **kleinere** Capitalien, oder Capitalien nur auf eine **kurze Frist** dargeliehen worden waren, was seinen Grund darin hatte, daß man die Vorschrift des Mandats vom 3. März 1704: „Wir lassen aber gleichwohl allergnädigst geschehen, daß, wenn nur **auf wenige Tage oder Wochen Geld abgegeben** wird, an **Zinsen etwas Mehreres**, als das übliche jährlich gerechnete Interesse austrägt, stipulirt und verglichen werden möge", noch für in Kraft bestehend ansah. Eine feste Ansicht darüber, was ein **kleineres Capital** oder eine **kurze Frist** wäre, und wie viel Zinsen in dem einen oder andern Falle genommen werden dürften, hatte sich jedoch nicht gebildet. Gewöhnlich wurde angenommen, daß die Frist nicht einen Monat übersteigen dürfe, um als eine kurze zu gelten, und daß höchstens Zinsen zu zwölf vom Hundert auf das Jahr gefordert werden könnten. Die Bestimmungen über die Höhe der erlaubten versprochenen Zinsen hatte übrigens civilrechtlich die Bedeutung, daß die gegen dieselben verstoßenden Verträge nichtig waren und, wenn mehr Zinsen bezahlt waren, als gefordert werden durften, das Zuvielbezahlte auf das Capital abgerechnet, oder auch mittelst der condictio sine causa zurückgefordert werden konnte.

Das Strafgesetzbuch v. J. 1855 ging in dem über den „Wucher" handelnden Abschnitte zum Theil von andern Ansichten, als den so eben auseinandergesetzten, aus. Zwar änderte dasselbe an dem gesetzlichen Zinsfuße etwas nicht, aber es beschränkte in einigen Beziehungen den Begriff des strafbaren Wuchers. **Erstens** erklärte es in Art. 340 die Ueberschreitung des gesetzlichen Zinsfußes nur bei **Darlehnsgeschäften** für strafbar. **Zweitens** sollten nach Art. 347 die Strafen des Wuchers keine Anwendung finden 1) wenn und soweit die Obrigkeit in einzelnen Fällen nach geschehener Prüfung der Verhältnisse die Festsetzung eines höhern, als des gesetzlich erlaubten Zinses gestattete, 2) auf Darlehne, welche vom Staate oder von einer unter besonderer Aufsicht des Staates stehenden Körperschaft in gesetzmäßiger Weise aufgenommen würden, 3) auf die von öffentlichen Leihanstalten in Gemäßheit ihrer Statuten gegebenen Darlehne,

---

liegen, die civilrechtlichen Vorschriften, die bis dahin über die Zinsbeschränkungen gegolten haben, noch Anwendung und es können noch gegenwärtig Rechtsstreite vorkommen, bei deren Entscheidung auf die ältere Gesetzgebung über den Wucher zurückzugehen ist. Die vorstehenden §§ 4 und 5 schließen sich aber, mit wenigen Ausnahmen, der älteren Gesetzgebung an und da in den dazu gegebenen Erläuterungen die ältere Gesetzgebung über den Wucher, mit Rücksicht auf die damit verbunden gewesenen civilrechtlichen Folgen, übersichtlich zusammengestellt worden ist, so haben die §§ 4 und 5 nebst den dazu gegebenen Bemerkungen nicht so unbedingt jeden praktischen Werth verloren.

4) auf eigentlich kaufmännische, diesem Gewerbsbetriebe eigenthümliche Geschäfte und auf Darlehne zum Betrieb von kaufmännischen oder Fabrikgeschäften. Dabei blieb freilich streitig, ob diese Bestimmungen auch für das Civilrecht maßgebend, mit andern Worten, ob die Fälle, welche das Strafgesetzbuch für straflos erklärte, auch civilrechtlich für wirksam zu achten wären. Denn obschon sich nicht wohl bezweifeln ließ, daß man bei Abfassung des Strafgesetzbuchs die Absicht gehabt haben mochte, die Fälle, welche man unbestraft ließ, auch für civilrechtlich wirksam zu erklären, so war doch immer nur die Straflosigkeit dieser Fälle ausgesprochen, das Civilrecht aber nicht abgeändert worden, während es keinen Widerspruch in sich enthält, daß ein Vertrag civilrechtlich nichtig sein kann, obschon er nicht strafbar ist. (Man vergl. Annalen Bd. 1, S. 289 folg. Bd. 7, S. 52 folg.)

So lag die Gesetzgebung zu der Zeit, wo das bürgerliche Gesetzbuch der Ständeversammlung vorgelegt wurde. Das letztere enthielt in dem Abschnitte „Zinsen" (§§ 691 bis 702 d. E.) auch eine Bestimmung über die Höhe der vertragsmäßigen Zinsen, nämlich in § 694, welche also lautete: „Bei einer durch letzten Willen begründeten Zinsverbindlichkeit richtet sich die Höhe der Zinsen nach der in demselben enthaltenen Bestimmung. Die vertragsmäßigen Zinsen für die gestattete Benutzung (eines Capitals) dürfen nicht sechs und bei nicht hypothekarischen Forderungen bis zu funfzig Thalern und mit einer nicht längern, als halbjährigen Zahlungsfrist, nicht acht vom Hundert auf ein Jahr übersteigen, ausgenommen wenn bei einem zu einem gefahrvollen Unternehmen gegebenen Darlehn der Gläubiger die Gefahr zugleich dergestalt übernimmt, daß im Falle des Eintritts derselben der Schuldner von der Rückerstattung des Darlehns befreit sein soll."

Gegen den zweiten Satz dieses § wurden von Seiten der Stände in doppelter Beziehung Einwendungen gemacht. Zunächst wurde bemerkt, es sei, wie sich die Verkehrsverhältnisse gestaltet hätten, die Zeit nicht mehr fern, wo man die gesetzlichen Beschränkungen der versprochenen Zinsen aufzuheben und die letzteren dem freien Uebereinkommen der Interessenten zu überlassen, für angemessen befinden werde, es scheine daher nicht zweckentsprechend, Bestimmungen über die Höhe der versprochenen Zinsen, von welchen vorauszusehen wäre, daß sie nur noch von kurzer Dauer sein könnten, in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen, welches seiner Bestimmung nach für eine längere Zeit eine unveränderte Geltung haben sollte. Sodann wurde darauf hingewiesen, daß, wenn das bürgerliche Gesetzbuch in dem zweiten Absatze des § 694 unveränderte Annahme finde, der unerwünschte Widerspruch zwischen der bürgerlichen Gesetzgebung und der Strafgesetzgebung fortdauern müsse, es aber eben mit Hinsicht auf die sich immer mehr und mehr geltend machenden Stimmen gegen den gesetzlichen Zinsfuß wünschenswerth erscheine, den milderen Vorschriften des Strafgesetzbuchs auch für das Civilrecht gesetzliche Kraft beizulegen.

Die Regierung gab diesen Anträgen fast durchgängig Statt, und es wurde demgemäß beschlossen, den zweiten Satz des § 694 des E. zu streichen und demselben einen andern zu substituiren, in welchem in Betreff der Höhe der erlaubten vertragsmäßigen Zinsen blos im Allgemeinen auf die besonderen Gesetze darüber verwiesen würde (§ 676 des B. G.-B.), sodann aber in der zur Aufnahme blos transitorischer Vorschriften bestimmten Publications-Verordnung die zwei auf die vertragsmäßigen Zinsen bezüglichen §§ aufzunehmen, welche darin als §§ 4. 5 ihre Stelle erhalten haben.

Zu dem Einzelnen ist noch Nachstehendes zu erwähnen:

1) Kraft der Bestimmung in § 4, Nr. 1 ist die Staatsregierung berechtigt, zu jeder Zeit die gesetzlichen Beschränkungen der vertragsmäßigen Zinsen auf Zeit oder für immer, ganz oder theilweise außer Kraft zu setzen. Neben dieser allgemeinen Berechtigung der Staatsregierung bedurften die Fälle keiner besonderen Erwähnung,

welche in dem Art. 347 des Strafgesetzbuchs unter Nr. 2 (Darlehne, welche vom Staate oder von einer unter besonderer Aufsicht stehenden Körperschaft in gesetzmäßiger Weise aufgenommen werden) und Nr. 3 (von öffentlichen Anstalten in Gemäßheit ihrer bestätigten Statuten gegebene Darlehne) aufgeführt werden.

2) In § 4, Nr. 2 ist der Ausdruck „Obrigkeit", welchen auch das Strafgesetzbuch Art. 347 unter Nr. 1 hat, beibehalten worden, um anzudeuten, daß darunter die Verwaltungsbehörde zu verstehen sei.

3) Die Nummer 4 des § 4 bezieht sich auf das sog. foenus quasi nauticum des gemeinen Rechts.

4) Der § 5 hat die Bestimmung, der Meinung vorzubeugen, als ob Geschäfte, welche gegen die Zinsverbote verstoßen, civilrechtlich blos dann nichtig seien, wenn das Strafgesetzbuch sie für strafbar erkläre. Dergleichen Fälle sind mehrere denkbar, z. B. wenn höhere Zinsen, als die erlaubten, bei anderen Geschäften, als dem Darlehn versprochen, wenn außer dem im § 681 des B. G.-B. erwähnten Falle Zinsen von Zinsen genommen oder gegen die Vorschrift des § 680 des B. G.-B. Zinsen zum Capital geschlagen werden. In diesen Fällen hätte die Bestimmung des § 684 des B. G.-B. Anwendung gefunden, ungeachtet der Art. 340. 348 des Strafgesetzbuchs, welche nunmehr aufgehoben worden sind.

Das Verhältniß der §§ 4. 5 der Publications-Verordnung zu dem Handelsgesetzbuch Art. 287 bis 293, namentlich Art. 291 bis 293 ist dahin zu bestimmen, daß, soweit die Publications-Verordnung das Nehmen von Zinsen nach einem höheren Betrage erlaubt, als das Handelsgesetzbuch, dieß auch von den Kaufleuten gilt, soweit aber das Handelsgesetzbuch günstiger für den Gläubiger ist, als die Publications-Verordnung, dieß auf Nichtkaufleute nicht bezogen werden darf.

Das Gesetz vom 25. October 1864 bedarf in mehrfacher Hinsicht einer Interpretation. Im § 1 werden die Zinsbeschränkungen lediglich für vertragsmäßige Zinsen, jedoch ohne Unterschied, ob es sich um ein Darlehn oder um ein aus einem andern Rechtsgeschäfte, z. B. einem Kaufe, depositum irregulare, herrührende Schuld handelt, aufgehoben. Die §§ des B. G.-B., in welchen von einer Umgehung der Zinsverbote die Rede ist, z. B. § 478, § 683, § 1430, sind hiernach, soweit darunter Zinsverbote vertragsmäßiger Zinsen mit begriffen sein könnten, gegenstandslos geworden. Dagegen haben die Vorschriften über die Höhe der Verzugszinsen und Legalzinsen (§ 677), über den anatocismus (§§ 679 bis 681) und die Vorauserhebung der Zinsen bei Auszahlung eines Darlehns oder bei Eingehung eines andern Rechtsgeschäfts (§ 683) ihre Gültigkeit behalten und es kann daher der § 684 allerdings noch anwendbar sein. — Durch die Vorschrift im § 2 soll der Bedrückung der Schuldner durch Zinsverträge auf längere Zeit (die Worte „gewährt oder zugesagt" sind ungenau) vorgebeugt werden. Die Vorschrift findet daher selbstverständlich keine Anwendung auf Zinsverträge von kürzerer Dauer, als einem Jahre. Ob, wenn der Schuldner von der halbjährlichen Kündigung Gebrauch gemacht hat, von Neuem Prolongationsverträge gültig geschlossen werden können, ob weiter, wenn der Schuldner nach Ablauf des halben Jahres nach der Kündigung das Capital nicht zahlt, Verzugszinsen in der vertragsmäßigen Höhe (§ 742) zu gewähren sind, kann zweifelhaft erscheinen, dürfte jedoch richtiger zu bejahen sein. — Man kann dahingestellt sein lassen, ob die Ausnahmen, welche im § 3 von der Regel des § 2 gemacht werden, zweckmäßig seien. In jedem Falle dürfte schwer zu begreifen sein, was das Gesetz unter „Schuldverschreibungen, welche unter den gesetzlichen Voraussetzungen auf jeden Inhaber gestellt werden" verstanden habe. In der Rechtswissenschaft sind dergleichen „Schuldverschreibungen" unbekannt. Sollte man damit vielleicht die Inhaberpapiere gemeint haben?

§ 6. Soviel die Rechtsgeschäfte anlangt, welche vor dem Zeitpunkte, mit dem das Gesetzbuch nach § 1 in Kraft tritt, geschlossen worden sind, so ist die Handlungsfähigkeit der Betheiligten, sowie die Form der Geschäfte nach dem Rechte zu beurtheilen, welches zur Zeit des Geschäftsabschlusses gegolten hat.

Den transitorischen Bestimmungen der Publications-Verordnung liegt der § 2 des B. G.-B. zu Grunde.

Soviel den vorstehenden § betrifft, so ist zunächst darauf aufmerksam zu machen, daß auf die Rechtsfähigkeit keine Rücksicht zu nehmen war, weil die hierauf bezüglichen Bestimmungen in §§ 30—32. 36. 51 des B. G.-B. schon bisher galten.

Etwas anders verhielt es sich dagegen mit der Handlungsfähigkeit. Zwar hat das B. G.-B. weder an dem Kindesalter (§ 47), noch an dem Volljährigkeitstermine (§ 47), noch an der Dispositionsfähigkeit der unverheiratheten oder verheiratheten Frauenspersonen (§ 46 in Verbindung mit § 1638), noch an der Vormundschaft über Geisteskranke und Gebrechliche (§ 1981—1986), noch an der Prodigalitäts-Erklärung (§§ 1987—1989) im Allgemeinen etwas geändert. Allein ob nicht im Einzelnen Abweichungen von dem bisherigen Rechte vorkommen, läßt sich, da das letztere nicht überall außer Zweifel beruhte, nicht ganz bestimmt angeben, und, um jedes Bedenken, welches in dieser Hinsicht etwa entstehen könnte, gleich im Voraus zu erledigen, ist in dem vorliegenden § der Grundsatz aufgestellt worden, daß die Handlungsfähigkeit der Contrahenten ohne Ausnahme nach den Gesetzen, welche zur Zeit des Geschäftsschlusses gelten, zu beurtheilen sei. Daß dieß so zu verstehen sei, bei Rechtsgeschäften, welche vor dem Gesetzbuche geschlossen werden, sei die Handlungsfähigkeit der Contrahenten nach dem älteren Rechte, bei Rechtsgeschäften, welche nach der Inkrafttretung des B. G.-B. geschlossen worden, nach dem Rechte des Gesetzbuchs zu beurtheilen, bedarf nicht erst der Bemerkung.

Soviel endlich die Form der Rechtsgeschäfte angeht, so mögen hier einige Fälle hervorgehoben werden, in welchen die Bestimmung des vorliegenden § anwendbar ist. — Nach dem bisherigen Recht bedurften Verträge über Grundstücke und diesen gleichstehende Berechtigungen zu ihrer Gültigkeit keiner besonderen Form. Durch den § 822 des B. G.-B. ist dieß aber geändert worden, indem darnach „Verträge, welche die Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke, oder die Uebertragung einer Berechtigung, welche ein Folium im Grundbuche erhalten hat, zum Gegenstande haben, mittelst einer von den Betheiligten vollzogenen Urkunde oder vor Gericht zu Protocoll zu schließen sind". Wäre nun ein Vertrag über ein Grundstück oder über eine diesem gleichstehende Berechtigung ohne die schriftliche oder gerichtliche Form vor der Zeit geschlossen worden, mit welcher das B. G.-B. in Kraft tritt, so würde daraus auch noch nach jener Zeit auf Erfüllung des Vertrags geklagt werden können. Dagegen kann ein solcher Vertrag, wenn er nach jener Zeit geschlossen worden ist, nur dann für gültig angesehen werden, wenn bei ihm die im § 822 vorgeschriebene Form beobachtet worden ist. — Nach dem Mandate, über die Verbürgungen der Frauenspersonen vom 6. Nov. 1828 (G.-S., S. 239 folg.) § 6 und dem Gesetze, die Aufhebung der Geschlechtsvormundschaft betr., v. 8. Jan. 1838 (G.- u. V.-Bl., S. 23) § 2 gehörte zur Gültigkeit der Verbürgung einer Ehefrau für ihren Ehemann nicht nothwendig, daß die Ehefrau über den Vermögensverlust, welchen sie sich durch die Verbürgung zuziehen könnte, in Abwesenheit ihres Ehemanns belehrt worden war. Dieß ist durch den § 1650 des B. G.-B. geändert worden, indem darnach „jedes Rechtsgeschäft, durch welches eine Ehefrau sich für ihren Ehemann verpflichtet, nichtig ist, ausgenommen wenn sie dasselbe mit

Einwilligung des Ehemanns vor Gericht vornimmt, und dieses die Ehefrau vorher in Abwesenheit des Ehemanns über den Vermögensverlust, welchen sie sich dadurch zuziehen kann, belehrt hat". Wäre nun eine Ehefrau, welche sich vor der Zeit, mit welcher das Gesetzbuch in Kraft tritt, für ihren Ehemann verbürgt hat, über den Vermögensverlust, den sie sich dadurch zuziehen kann, von dem Gericht in Gegenwart ihres Ehemanns belehrt worden, so würde auch nach jener Zeit gegen die Ehefrau aus der Verbürgung geklagt werden können. Dagegen würde eine Verbürgung der Ehefrau für ihren Ehemann für nichtig zu achten sein, wenn sie nach der Zeit, mit welcher das Gesetzbuch in Kraft tritt, erfolgt wäre und das Gericht die Belehrung der Ehefrau in Gegenwart des Ehemanns vorgenommen hätte. — In § 2094 wird zur Gültigkeit eines mündlich zu Protocoll erklärten letzten Willens erfordert, daß der Testator das Protocoll unterschrieben hat, oder wenigstens in dem Protocoll bemerkt worden ist, es habe der Testator nicht unterschreiben können und welche Behinderungsursache von demselben angegeben worden sei. Diese Form ist im Verhältniß zu dem älteren Rechte eine neue. Fehlt sie bei einem vor dem 1. März 1865 errichteten Testamente, so schadet dieß der Gültigkeit des Testamentes nicht. Fehlt sie bei einem nach jenem Tage errichteten Testamente, so ist das Testament ungültig. — Während nach dem älteren Rechte, wenigstens nach der gewöhnlichen Ansicht, für die Errichtung eines Erbvertrages eine besondere Form nicht bestand, legt der § 2546 dem Erbvertrage nur Gültigkeit bei, wenn bei dessen Errichtung die Formen des gerichtlichen letzten Willen beobachtet worden sind. Das Verhältniß gestaltet sich daher hier ganz so, wie in dem vorstehenden Falle. — Die Fälle, in welchen nach dem älteren Rechte eine Form bestand, nach dem Gesetzbuche nicht, oder die Form nach dem älteren Rechte eine strengere war, als nach dem Gesetzbuche, z. B. bei dem außergerichtlichen Testamente, geben zu besonderen Bemerkungen keine Veranlassung. Nur so viel mag erwähnt werden, daß, wenn bei einem Rechtsgeschäft welches vor der Zeit geschlossen worden ist, mit welcher das Gesetzbuch in Kraft tritt, die nach dem bisherigen Rechte erforderliche Form nicht beobachtet worden ist, dasselbe nicht etwa convalescirt, wenn das Gesetzbuch für die fragliche Gattung des Rechtgeschäfts entweder gar keine besondere Form, oder eine Form vorschreibt, welche bei dem früher geschlossenen Rechtsgeschäft beobachtet worden ist.

---

§ 7. Für die Voraussetzungen des Erwerbes und Verlustes der Rechte an Sachen sind diejenigen Gesetze maßgebend, die zu der Zeit gegolten haben, wo sich die Thatsache, aus welcher der Erwerb oder Verlust des fraglichen Rechtes abgeleitet wird, ereignet hat. Dagegen sind Inhalt und Wirkung eines Rechtes an Sachen, welches vor dem Zeitpunkte, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, erworben worden ist, von dem gedachten Zeitpunkte an nach dem bürgerlichen Gesetzbuche zu beurtheilen.

Nach dem ersten Satze dieses § finden die Gesetze, welche zu der Zeit gelten, wo die Thatsache sich ereignet, aus der die Erwerbung eines Rechts an einer Sache abgeleitet wird, nicht blos in Beziehung auf die Frage, ob das Recht erworben worden sei, sondern auch in Beziehung auf die Frage Anwendung, ob dieses Recht die Eigenschaft eines Realrechts habe; bedurfte es z. B. zu der Erwerbung des Eigenthums oder eines Rechts an einem Grundstücke nach dem bisherigen Rechte der Eintragung in das Grundbuch nicht, knüpft aber das B. G.-B. diese Erwerbung an das Erforderniß der Eintragung, so gilt zwar das Eigenthum oder das Recht an dem Grundstücke, welches nach

dem bisherigen Rechte erworben worden ist, ungeachtet des Mangels der Eintragung, auch nach der Zeit, mit welcher das B. G.-B. in Kraft tritt, als erworben; aber eine Erwerbung nach dieser Zeit ist blos dann statthaft, wenn die Eintragung in das Grundbuch hinzugetreten ist. In ähnlicher Weise verhält es sich mit dem Verluste des Eigenthums und der Rechte an Sachen. Auch bei diesem sind überall nur die Gesetze entscheidend, welche zu der Zeit gelten, wo die Thatsache sich ereignet, aus der der Verlust abgeleitet wird; wogegen auf die Zeit, zu welcher das Eigenthum oder das Recht an der Sache erworben worden ist, dabei etwas nicht ankommt.

Unter den zweiten Satz des vorstehenden § fallen die Vorschriften des B. G.-B., durch welche die Vindication von Sachen ausgeschlossen ist (§§ 296. 297. 315), oder Beschränkungen des Eigenthums, sog. gesetzliche Servituten (§§ 345—368), neu eingeführt werden. Eben so tritt die Vorschrift in §§ 59. 60 über die Classificirung der Sachen und Rechte in bewegliche und unbewegliche, ohne Unterschied der Zeit der Erwerbung derselben, sofort mit dem B. G.-B. in Kraft. Man würde hierin mit Unrecht eine Zurückbeziehung des Gesetzbuchs auf facta praeterita erblicken, weil die so eben näher bezeichneten Vorschriften das rechtliche Verhältniß der Sachen oder den Umfang der Rechte an Sachen betreffen, mithin ohne Rücksicht auf die Person des Eigenthümers oder Berechtigten zur Anwendung kommen müssen.

In ganz neuester Zeit ist die Frage entstanden, ob der § 1 des Gesetzes, eine Beschränkung der Wirksamkeit der von Ehegatten vorgenommenen Veräußerungen u. s. w. betreffend, vom 30. Juni 1868, unter die Vorschrift des vorstehenden § falle, ob derselbe also auch auf Veräußerungen unter Ehegatten Anwendung finde, welche vor dem Gesetze liegen. Wir müssen bekennen, daß uns der angegebene § 1 nicht klar ist. Die Zweifel, welche wir nicht zu lösen vermögen, sind namentlich folgende: 1) Bezieht sich das Gesetz blos auf Veräußerungen an den Ehegatten und die sonst namhaft gemachten Verwandten, oder auch auf Veräußerungen einer verheiratheten Person an Dritte, sofern nur das veräußerte Object durch fernerweite Veräußerungen in die Hände der genannten Personen gelangt ist? 2) Ist für die Bestimmung der Person des Ehegatten und der Verschwägerten der Zeitpunkt der Veräußerung oder der der Abpfändung oder der Concurseröffnung maßgebend? 3) Dieser Zweifel betrifft auch die Person des Gläubigers, welcher die im Gesetz ertheilten Rechte genießen soll, wenn seine Forderung „während der Ehe des Veräußerers" entstanden ist. 4) Redet das Gesetz von Veräußerungsverträgen oder auch von Eigenthumsübertragungen (durch Tradition)? Wäre das letztere gemeint, wie wären die Fälle zu beurtheilen, in welchen nach §§ 296. 297. 313. 314. 315 die rei vindicatio ausgeschlossen oder beschränkt ist? 5) Was soll mit dem Gegensatze „Sachen, welche abgepfändet worden sind oder abgepfändet werden sollen" ausgedrückt sein? — Aber, wie man auch diese Zweifel lösen mag, in keinem Falle wird man zu dem Ergebnisse gelangen, es habe die rei vindicatio bei Sachen, welche die Ehegatten oder Verwandten gültig erworben haben, irgendwie beschränkt werden sollen. Höchstens läßt sich annehmen, daß das Gesetz die actio pauliana zu extendiren beabsichtigt habe. Diese actio ist aber eine actio in personam (§ 1513) und es kann daher der vorstehende § 7 darauf nicht angewendet werden.

---

§ 8. Soviel die Ersitzung und Verjährung betrifft, so sind diejenigen Fälle, in welchen die Ersitzung oder Verjährung vor dem Zeitpunkte, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, vollendet worden ist, nach dem bisherigen Rechte zu beurtheilen.

Die §§ 8—17 beziehen sich sämmtlich auf die Ersitzung und Verjährung und es scheint daher angemessen, gleich hier eine Bemerkung zu machen, welche von diesen §§

überhaupt gilt. Beide Institute, die Ersitzung und Verjährung, haben das mit einander gemein, daß durch sie erst dann Rechte entstehen, wenn die erforderliche Zeit abgelaufen ist. Vor Ablauf dieser Zeit kann von einem Rechte keine Rede sein; es giebt kein Recht auf die Ersitzung oder Verjährung, sondern höchstens ein Recht auf den factischen Zustand, welcher mit dem Zeitablaufe ein Recht werden kann. Da ein neues Gesetz von der Zeit an, mit welchem es in Kraft tritt, auf alle juristische Thatsachen Anwendung findet, welche sich nach jener Zeit ereignen, so kann eine Ersitzung oder Verjährung, die erst nach der Zeit, wo das neue Gesetz in Kraft getreten ist, vollendet wird, lediglich nach diesem zu beurtheilen sein. Hatte sie bereits nach dem alten Gesetze begonnen, so kann es sich nur darum handeln, auf eine dem Sinne des neuen Gesetzes entsprechende Weise festzustellen, in wie weit der nach dem alten Gesetze abgelaufene Theil der Ersitzung oder Verjährung als ein Theil der nach dem neuen Gesetze zu beurtheilenden gelten kann. Von diesen Principien gehen die §§ 8—17 aus.

Soviel den vorstehenden § 8 betrifft, so beruht dessen Vorschrift auf der Erwägung, daß eine vollendete Ersitzung oder Verjährung ein erworbenes Recht enthält, auf welches ein neues Gesetz keinen Einfluß haben kann. Hierher würde insbesondere der Fall gehören, wenn die nach dem bisherigen Rechte zulässige einjährige Ersitzung einer beweglichen Sache vor dem Zeitpunkte, mit welchem das B. G.-B. in Kraft tritt, vollendet worden wäre; in diesem Falle würde die Ersitzung auch nach jenem Zeitpunkte als vollendet gelten, obschon das B. G.-B. in §§ 260. 261 bei beweglichen Sachen nur eine dreijährige, beziehentlich dreißigjährige Ersitzung kennt.

---

§ 9. Ist in dem bürgerlichen Gesetzbuche die Ersitzung oder Verjährung in einem Falle zugelassen worden, in welchem sie bisher unzulässig war, so kann sie erst von dem Zeitpunkte an beginnen, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt.

Diese Vorschrift findet ihre Rechtfertigung darin, daß in dem dabei vorausgesetzten Falle von einem bereits abgelaufenen Theile der Ersitzung oder Verjährung keine Rede sein kann, weil das bisherige Recht solche gänzlich ausschloß, das B. G.-B. also sich rückwirkende Kraft beilegen würde, wenn es den früher vorgefallenen Thatsachen eine rechtliche Eigenschaft beilegen wollte, welche dieselben nach dem bisherigen Rechte nicht hatten. Ein hierher gehöriger Fall ist folgender. Nach der Const. I. P. II. war das Wiederkaufsrecht unverjährbar, wenn entweder nur ein dies a quo, oder gar keine Zeit für dessen Ausübung bestimmt war. Dagegen kann das Wiederkaufsrecht nach § 1133 des B. G.-B. auch in diesen Fällen verjähren. Eine Verjährung des Wiederkaufrechts in den in Const. I. P. II. angegebenen Fällen wird daher erst von der Zeit an, mit welcher das B. G.-B. in Kraft tritt, beginnen können.

---

§ 10. Hat das bürgerliche Gesetzbuch die Ersitzung oder Verjährung in einem Falle aufgehoben, in welchem sie bisher zulässig war, so kann sie von dem Zeitpunkte an, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, nicht vollendet werden.

Diese Bestimmung folgt aus dem allgemeinen Principe, daß die Frage, ob eine Ersitzung oder Verjährung vollendet sei, nach dem Gesetze zu entscheiden ist, welches zu der Zeit gilt, wo die Ersitzung oder Verjährung vollendet worden sein soll. Unter dem vorliegenden § sind namentlich die Fälle zu subsumiren, auf welche sich die §§ 151. 279. 280. 462 beziehen. Nähme man an, daß die Klagen auf Familienzustände nach dem

bisherigen Rechte verjährbar gewesen wären, so würde auch die hierauf bezügliche Vorschrift in § 151 einen Fall enthalten, in welchem die Verjährung durch das B. G.-B. ausgeschlossen worden wäre.

---

§ 11. Hat das bürgerliche Gesetzbuch die Wirkungen der Ersitzung oder Verjährung vermindert, so kommen derselben, wenn sie nach dem Zeitpunkte, mit welchem das Gesetzbuch in Kraft tritt, vollendet wird, nur die im Gesetzbuche beigelegten Wirkungen zu.

Dieser § steht im Einklang mit dem Grundsatze, daß die Ersitzung oder Verjährung nach dem Gesetz zu beurtheilen ist, welches zur Zeit der Vollendung derselben gilt. Ein hierher gehöriger Fall ist folgender. Nähme man an, daß das bisherige Recht die condictio indebiti im Falle der irrthümlichen Zahlung einer verjährten Forderung zugelassen hätte, so würden die Wirkungen der Verjährung durch das B. G.-B. in so fern vermindert worden sein, als dieses in § 1522 die condictio indebiti in dem angegebenen Falle ausschließt. Hätte nun die Verjährung nach dem bisherigen Rechte zu laufen angefangen, würde sie aber erst nach der Zeit vollendet, mit welcher das B. G.-B. in Kraft tritt, so würde, wenn die verjährten Forderungen irrthümlich bezahlt worden wären, die condictio indebiti nicht statthaben. (Man vergl. auch Annalen N. F. Bd. 2, S. 514.)

---

§ 12. Hat das bürgerliche Gesetzbuch die Wirkungen der Ersitzung oder Verjährung vermehrt, so hat eine Ersitzung oder Verjährung, welche vor dem Zeitpunkte, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, begonnen hat, aber erst nach diesem Zeitpunkte vollendet wird, nur die nach dem bisherigem Rechte damit verknüpften Wirkungen. Eine Ersitzung oder Verjährung mit den durch das Gesetzbuch neu eingeführten Wirkungen kann erst von dem Zeitpunkte an beginnen, mit welchem das Gesetzbuch in Kraft tritt.

Dieser § betrifft den umgekehrten Fall von dem vorigen. Die ratio der Vorschrift ist die, daß man dem Gesetzbuch rückwirkende Kraft beilegen würde, wenn man einer Ersitzung oder Verjährung, welche zum Theil unter der Herrschaft des bisherigen Rechts abgelaufen ist, die im Gesetzbuch neu eingeführten Wirkungen beilegen wollte. Ein Fall, welcher nach dem vorliegenden § zu beurtheilen wäre, würde nachstehender sein. Nach dem bisherigen Rechte war es streitig, ob durch die Verjährung blos die Klage, oder auch die Forderung erlösche; man setze einmal voraus, daß die erstere Ansicht die richtige sei. Unter dieser Voraussetzung würden die Wirkungen der Verjährung durch den § 170 des B. G.-B. vermehrt worden sein, indem darnach eine verjährte Forderung als gänzlich erloschen zu betrachten ist. Hätte nun eine Verjährung vor der Zeit begonnen, mit welcher das B. G.-B. in Kraft tritt, wäre sie aber nach dieser Zeit vollendet worden, so würde dadurch blos die Klage, nicht auch die Forderung erloschen sein. Eine Verjährung, welcher die im § 170 des B. G.-B. angegebenen Wirkungen zukämen, wäre nur möglich, wenn Anfang und Ende der Verjährung nach der Zeit lägen, mit welcher das B. G.-B. in Kraft tritt.

---

§ 13. Hat das bürgerliche Gesetzbuch die Erfordernisse der Ersitzung oder Verjährung vermindert, so ist die Ersitzungs- oder Verjährungszeit, welche vor dem Zeitpunkte, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, abgelaufen ist, nach dem bisherigen Rechte, die nach dem gedachten Zeitpunkte laufende Zeit aber nach dem Gesetzbuche zu beurtheilen.

Die ratio dieser Vorschrift ist dieselbe, wie die des vorigen §. Ein hierher gehöriger Fall würde sich so gestalten: Nähme man an, daß nach dem bisherigen Rechte zur Verjährung bona fides gehört hätte, so würden die Erfordernisse derselben durch das Gesetzbuch, welches in den einschlagenden §§ 150—170 die bona fides nicht zu den Erfordernissen der Verjährung rechnet, vermindert worden sein. Gesetzt nun, es wären zu der Zeit, wo das Gesetzbuch in Kraft tritt, von der Verjährungszeit zehn Jahre abgelaufen, so würden die angegebenen zehn Jahre nach dem bisherigen Rechte, die übrige Verjährungszeit aber nach dem B. G.-B. zu beurtheilen sein.

---

§ 14. Hat das bürgerliche Gesetzbuch die Erfordernisse der Ersitzung oder Verjährung vermehrt, so kann eine Ersitzung oder Verjährung erst von dem Zeitpunkte an beginnen, mit welchem das Gesetzbuch in Kraft tritt.

Diese Bestimmung, nach welcher in dem vorausgesetzten Falle die unter der Herrschaft des bisherigen Rechts abgelaufene Ersitzungs- oder Verjährungszeit selbst dann nicht zu berücksichtigen ist, wenn die durch das B. G.-B. neu eingeführten Erfordernisse vorhanden gewesen sein sollten, hat ihren Grund darin, daß ein Gesetz, welches die Erfordernisse der Ersitzung oder Verjährung vermehrt, eigentlich ausspricht, es solle die bis dahin gültige Art der Ersitzung oder Verjährung aufgehoben und dafür eine andere eingeführt sein. Ist aber eine bisher zulässige Art der Ersitzung oder Verjährung durch Gesetz aufgehoben, so hat die laufende Ersitzung oder Verjährung keine Wirkung und es kann die neu eingeführte Ersitzungs- oder Verjährungsart erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes beginnen und vollendet werden. Ein Fall, welcher nach dem vorstehenden § zu entscheiden wäre, würde der sein, wenn es sich in dem beim vorigen § angegebenen Beispiele umgekehrt verhielte, wenn also das bisherige Recht die bona fides zur Verjährung nicht erfordert, das B. G.-G. aber dieses Erforderniß eingeführt hätte.

Dagegen gehören die Vorschriften in § 262 „wenn der Besitz zu Anfang und am Ende der Ersitzungszeit als vorhanden nachgewiesen wird, so wird die Fortdauer desselben in der Zwischenzeit vermuthet", ferner in § 578 „bei Grunddienstbarkeiten, welche zu ihrer Ausübung eine Anlage oder Vorrichtung erfordern, wird, wenn das Dasein einer solchen am Anfang und am Ende der Ersitzungszeit dargethan ist, ununterbrochener Besitz in der Zwischenzeit vermuthet", und in § 581 „bei Grunddienstbarkeiten, welche zu jeder Zeit oder in regelmäßig wiederkehrenden Zeiträumen ausgeübt werden, ist, wenn außer der Ausübung am Anfange und am Ende der Ersitzungszeit noch drei Ausübungen in der Zwischenzeit vorgekommen sind, welche über Jahresfrist von der ersten und letzten Ausübung entfernt und selbst über Jahresfrist auseinander liegen, ununterbrochener Besitz während der Zwischenzeit zu vermuthen" nicht hierher, weil dieselben sich nicht auf die Erfordernisse der Ersitzung beziehen, sondern blos den Beweis derselben unterstützende Vermuthungen aufstellen und daher in allen Fällen anwendbar sind, welche nach der Zeit, mit der das B. G.-B. in Kraft tritt, entschieden werden. Insbe-

sondere findet der § 581, welcher in so weit von dem bisherigen Rechte abweicht, als er statt der bisher erforderlich gewesenen drei Acte fünf Acte erfordert, als eine den Beweis regelnde Bestimmung zwar von der Zeit an, mit welcher das B. G.-B. in Kraft tritt, auch auf Ersitzungen Anwendung, die vor dieser Zeit vollendet worden sind, oder doch wenigstens begonnen haben; es ist aber keineswegs nöthig, daß die zu Begründung der Vermuthung erforderlichen fünf Acte hinter jener Zeit liegen.

---

§ 15. Hat das bürgerliche Gesetzbuch neue Arten der Unterbrechung der Ersitzung oder Verjährung eingeführt, oder bisherige Unterbrechungsarten aufgehoben, so ist die Ersitzungs- oder Verjährungszeit, welche vor dem Zeitpunkte abgelaufen ist, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, nach dem bisherigen Rechte, die nach dem gedachten Zeitpunkte laufende aber nach dem Gesetzbuche zu beurtheilen.

Dieser § spricht lediglich eine Folge des allgemeinen Princips aus, daß juristische Thatsachen nach den Gesetzen zu beurtheilen sind, welche zu der Zeit gelten, wo sich die Thatsachen ereignen. Wollte man nämlich in einem Falle, wo das neue Gesetz eine Art der Unterbrechung der Ersitzung oder Verjährung aufgehoben hat, das alte Gesetz auf ein später liegendes factum beziehen, so würde man dem alten Gesetze noch zu einer Zeit Kraft beilegen, wo es bereits aufgehoben gewesen ist. Umgekehrt würde man dem neuen Gesetz rückwirkende Kraft zuschreiben, wenn man dasselbe auf eine unter der Herrschaft des alten Gesetzes geschehene Thatsache beziehen wollte. Fälle, in welchen der vorstehende § anwendbar sein wird, lassen sich mehrere denken. Das B. G.-B. hat mehrere Unterbrechungsarten der Ersitzung oder Verjährung eingeführt, welche dem bisherigen Rechte unbekannt waren, z. B. die Vorschützung einer Einrede (§ 163), die Anbringung der Klage bei Gericht (§ 163), die gerichtliche Protestation (§§ 164. 275), die Erlassung eines Zahlungsgebots (§ 163). Nach §§ 1016 bis 1018 des B. G.-B. gelten die allgemeinen Unterbrechungsarten auch bei der sog. kurzen Verjährung der Forderungen. In den §§ 104. 1935 des B. G.-B. ist bei den Gesammtschuldverhältnissen l. 5 Cod. de duobus reis aufgehoben worden. (Man vergl. Siebenhaar, Correalobligationen S. 402 folg.)

---

§ 16. Hat das bürgerliche Gesetzbuch, ohne an den sonstigen Erfordernissen der Ersitzung oder Verjährung etwas zu ändern, blos die Ersitzungs- oder Verjährungszeit verlängert, so fallen alle Ersitzungen oder Verjährungen, welche zu dem Zeitpunkte, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, laufen, unter das Gesetzbuch.

Zu Rechtfertigung dieser Bestimmung bedarf es blos einer Beziehung auf das allgemeine Princip, daß das neue Gesetz für alle Ersitzungen und Verjährungen gilt, welche unter seiner Herrschaft vollendet werden. Hieher gehörige Fälle werden vorzüglich bei der Ersitzung beweglicher Sachen vorkommen. Nach dem bisherigen Rechte nämlich war dazu ein Zeitraum von einem Sächsischen Jahre (1 Jahr 6 Wochen 3 Tage) hinreichend, während das B. G.-B. in §§ 260. 261 dreißig, und, wenn der redliche Besitzer zugleich rechtmäßiger Besitzer ist, drei Jahre erfordert. In einem Falle, auf welchen der § 261 Anwendung findet, wird daher eine Ersitzung, die zu der Zeit, mit welcher das B. G.-B. in Kraft tritt, drei Hundert und vier und sechszig Tage gelaufen ist, erst mit dem Ablauf von zwei Jahren und einem Tage vollendet werden können.

---

§ 17. Hat das bürgerliche Gesetzbuch, ohne an den sonstigen Erfordernissen der Ersitzung oder Verjährung etwas zu ändern, blos die Ersitzungs- oder Verjährungszeit abgekürzt, so steht in Beziehung auf die Ersitzung oder Verjährung, welche vor dem Zeitpunkte, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, begonnen hat, aber noch nicht vollendet worden ist, dem Ersitzenden oder Verjährenden die Wahl zu, ob er das bisherige Recht oder das Gesetzbuch geltend machen will; jedoch ist, wenn er das letztere wählt, die Zeit welche bereits vor dem Zeitpunkte, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, abgelaufen ist, in die Ersitzungs- oder Verjährungsfrist nicht einzurechnen.

Dieser §, welcher auch in das Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch als § 3 übergegangen ist, behandelt den zweifelhaften Fall der bloßen Abkürzung der Ersitzungs- oder Verjährungszeit. So viel logische Combinationen bei Entscheidung dieses Falles denkbar sind, so viel Ansichten herrschen unter den Rechtslehrern. Nach der einen Ansicht soll, wenn zwar die kürzere Ersitzungs- oder Verjährungszeit des neuen Gesetzes, nicht aber die längere des alten Gesetzes abgelaufen ist, die Ersitzung oder Verjährung sofort mit dem Zeitpunkte der Inkrafttretung des neuen Gesetzes als vollendet gelten. Nach der andern Ansicht soll die unter der Herrschaft des alten Gesetzes abgelaufene Zeit gar nicht in Betracht kommen, sondern eine Ersitzung oder Verjährung erforderlich sein, welche unter der Herrschaft des neuen Gesetzes begonnen hat und vollendet worden ist. Nach der dritten Ansicht endlich soll die unter dem alten Gesetze abgelaufene Ersitzungs- oder Verjährungszeit auf den Maßstab der neuen reducirt, also, wenn z. B. nach dem alten Gesetze eine dreißigjährige Ersitzungs- oder Verjährungszeit bestanden, und das neue Gesetz eine zwanzigjährige eingeführt hätte und nach jenem fünfzehn Jahre abgelaufen wären, diese nur zu zehn Jahren gerechnet werden. Der gegenwärtige § hat keine dieser Meinungen, von welchen bald die eine, bald die andere in der Theorie die Oberhand gehabt hat, sondern diejenige angenommen, welche dem Patent, wegen Publication des neuen allgemeinen Landrechts für die Preuß. Staaten unter Nr. XVII zu Grunde liegt. Diese Meinung, welche die Verwickelungen auf eine praktisch leicht durchführbare Weise ausgleicht, beruht auf der ratio, daß ein Gesetz, welches eine kürzere Ersitzungs- oder Verjährungsfrist für genügend hält, nicht die Tendenz haben kann, die längere für unbeachtlich zu erklären, mit andern Worten, daß das minus in dem majus liegt. Vielleicht könnte es den Anschein gewinnen, als ob es zweckmäßiger gewesen wäre, wenn nicht dem Ersitzenden oder Verjährenden die Wahl gegeben, sondern im Allgemeinen bestimmt worden wäre, daß das bisherige Recht dann gelte, wenn zur Vollendung der Ersitzung oder Verjährung nach diesem weniger Zeit erforderlich sei, als zu der Vollendung einer erst von dem Zeitpunkte, mit welchem das B. G.-B. in Kraft tritt, beginnenden Ersitzung oder Verjährung, daß aber im umgekehrten Falle das B. G.-B. in Anwendung kommen müsse. Allein eine solche Bestimmung würde nur dann zu rechtfertigen sein, wenn sich im Voraus übersehen ließe, welchen Beweis der Ersitzende oder Verjährende leichter zu führen im Stande sei. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß auf die dem Ersitzenden oder Verjährenden zukommende Wahl die Vorschriften in §§ 699. 700 des B. G.-B. anwendbar sind.

Von dem gegenwärtigen § wird sehr häufig Gebrauch zu machen sein, weil die bisherige ordentliche Ersitzung oder Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen auf dreißig Jahre herabgesetzt worden ist (§§ 150. 260. 577. 596. 1016 d. B. G.-B.).

§ 18. Soviel die Forderungen angeht, so haben diejenigen Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs, welche von der Entstehung, dem Inhalte und den Wirkungen der Forderungen handeln, auf die Fälle, welche vor dem Zeitpunkte liegen, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, keine Anwendung.

(Dep.-Ber. d. I. Kammer über die Verordnung, die Publication ꝛc., a. a. O. S. 351 folg. Dep.-Ber. d. II. Kammer über die Verordnung, die Publication ꝛc., a. a. O. S. 936.)

Zunächst ist darauf aufmerksam zu machen, daß hier von Forderungen, ohne Unterschied ihres Entstehungsgrundes, die Rede ist, also nicht blos von Forderungen aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen, sondern auch von Forderungen aus unerlaubten Handlungen oder sonstigen Gründen.

Soviel die Sache selbst betrifft, so hätte es in Beziehung auf Forderungen, welche ihrem Inhalte und ihren Wirkungen nach durch Uebereinkommen der Interessenten bestimmt worden sind, einer besondern transitorischen Vorschrift, streng genommen, eigentlich gar nicht bedurft, weil das B. G.-B. die Freiheit der Vertragschließenden, ihre gegenseitigen Beziehungen durch Vertrag festzustellen, eben so anerkennt, wie das bisherige Recht. Anders verhält es sich mit den gesetzlichen Bestimmungen, welche, wenn nicht vertragsmäßig etwas Anderes festgesetzt ist, in subsidium zur Anwendung kommen, indem bei diesen allerdings die Frage entstehen kann, ob die Vertragschließenden ein gleichsam erworbenes Recht darauf haben, daß gerade das zur Zeit des Vertragsschlusses geltende Gesetz für alle Zeiten als maßgebend zu betrachten sei. Diese Frage ist insbesondere dann zweifelhaft, wenn es sich um den Einfluß erst unter dem neuen Gesetze geschehener Thatsachen auf unter dem alten Gesetze entstandene Forderungen, z. B. um die supervenientia liberorum bei einer Schenkung, um einen Verzug in Erfüllung der Forderung, um eine Verschuldung, Kündigung und dergleichen handelt. Der den Ständen vorgelegte Entwurf der Publications-Verordnung hatte diese Frage in ihrem ganzen Umfange verneint und demgemäß einen § folgenden Inhalts aufgestellt: „Soviel die Forderungen angeht, so haben diejenigen Vorschriften (des B. G.-B.), welche von der Entstehung der Forderungen handeln, auf die Fälle, welche vor dem Zeitpunkte liegen, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, keine Anwendung. Dagegen sind diejenigen Vorschriften des Gesetzbuchs, welche den Worten oder dem Sinne nach den Zweck haben, den Inhalt oder die Wirksamkeit der Forderungen zu bestimmen, auch auf bereits vor dem gedachten Zeitpunkte entstandene Forderungen anwendbar". Die Gründe dafür waren nachstehende: Wenn die Vertragschließenden über Gegenstände, für welche die Gesetze subsidiäre Bestimmungen, häufig bloße Interpretationsregeln enthalten, sich nicht besonders vereinigen, so läßt sich zwar allerdings voraussetzen, daß sie sich in so weit dem Gesetz unterwerfen, aber, daß sie die gerade vorhandenen Gesetze subsidiarisch gelten lassen wollen, läßt sich, in Ermangelung besonderer Gründe, nicht behaupten, vielmehr scheint es weit mehr in ihrer Intention zu liegen, daß sie im Allgemeinen das Gesetz als entscheidend angesehen haben, ohne einen Werth darauf zu legen, ob es gerade das zur Zeit des Vertragsschlusses geltende, oder ein anderes ist, welches zu der Zeit gilt, wo sich die Nothwendigkeit ergiebt, auf das Gesetz in subsidium zu recurriren. Ein Recht, zu verlangen, daß das zur Zeit des Vertragsschlusses gültige subsidiäre Recht nicht geändert werde, kann ihnen um so weniger zugeschrieben werden, als sie durch das Stillschweigen über das betreffende Verhältniß eine gewisse Gleichgültigkeit dagegen zu erkennen gegeben und sich im Voraus mit dem einverstanden erklärt haben, was als zweckmäßig werde angesehen werden, wenn der von ihnen gar nicht vorhergesehene Fall künftig eintreten sollte.

Soviel insbesondere die oben erwähnten Fälle betrifft, in welchen es sich um den rechtlichen Einfluß einer unter dem neuen Gesetze geschehenen Thatsache auf eine unter dem alten Gesetze entstandene Forderung handelt, so steht es mit den allgemeinen Grundsätzen ganz in Einklang, wenn das Gesetz zur Anwendung kommt, welches zu der Zeit gilt, wo die Thatsache sich ereignet. Für diese Ansicht spricht auch die Analogie des obigen § 7, ingleichen die Rücksicht, daß, wenn man das Gegentheil annimmt, in Beziehung auf ganz gleichartige Forderungen bald das alte, bald das neue Recht zur Anwendung kommt, je nachdem die Forderung vor oder nach dem Zeitpunkt entstanden ist, mit welchem das B. G.-B. in Kraft tritt. Indessen fanden diese Gründe bei der Ständeversammlung keinen Anklang. Man machte dagegen geltend: „Unter die Bestimmungen des zweiten Absatzes (des oben angegebenen §) werde beispielsweise der Fall zu subsumiren sein, wo der Pachter eines ländlichen Grundstücks in einem vor dem Zeitpunkte, mit welchem das Gesetzbuch in Kraft tritt, geschlossenen Pachtcontracte auf Remiß des Pachtgeldes wegen Mißwachses nicht verzichtet habe. Solchenfalls würde nach dem bisherigen Rechte die Vorschrift der 20 Dec. v. J. 1746 maßgebend sein, wonach ein Remiß gefordert werden kann, wenn der Schaden die Hälfte des jährlichen Pachtgeldes übersteige. Nach § 1241 des Entwurfs des B. G.-B. (§ 1212 des B. G.-B.) falle aber der Anspruch auf einen Remiß wegen Mißwachses, dafern derselbe nicht vertragsweise ausbedungen worden, weg. Gegen diesen Wegfall sei zwar an sich nichts einzuwenden. Denn in den meisten Pachtverträgen werde auf den Remiß wegen Mißwachses verzichtet und eine gesetzliche Bestimmung erscheine als eine zweckmäßige und gute, wenn sie mit Demjenigen übereinstimme, was ohnedieß zwischen den Contrahenten vertragsweise festgestellt zu werden pflege. Wollten aber die Contrahenten eine von der gesetzlichen Bestimmung abweichende Vereinbarung treffen, so seien sie darin nicht behindert. Die Zweckmäßigkeit einer gesetzlichen Vorschrift rechtfertige indessen nicht, daß man solcher rückwirkende Kraft ertheile. Wer ein Grundstück zu einer Zeit verpachtet habe, zu welcher der Pachter, wenn nicht im Vertrage etwas Anderes bedungen worden sei, wegen Mißwachses Remiß fordern könne, dem könne man dieses Recht nicht durch ein neues Gesetz entziehen, sondern er müsse dieses Recht auf die Dauer seines Pachtvertrags behalten. Auch der Einwand, welcher hiergegen erhoben werden könnte, daß Pachtverträge häufig prolongirt werden und auch bei einer Prolongation das bisherige Recht bezüglich des Anspruches des Pachters auf Remiß wegen Mißwachses maßgebend bleiben würde, so daß nach Verlauf eines sehr langen Zeitraumes die Rechtsverhältnisse zwischen dem Pachter und dem Verpachter nach dem zeitherigen Rechte beurtheilt werden müßten, erscheine einer solchen Verletzung des materiellen Rechts gegenüber von nur untergeordneter Bedeutung. Denn einerseits sei es gar nicht zu vermeiden, daß nach dem Zeitpunkte, mit welchem das bürgerliche Gesetzbuch in Kraft tritt, für einzelne Fälle das bisherige Recht maßgebend sei, andererseits stehe es den Contrahenten frei, bei Gelegenheit einer Prolongation den Bestimmungen des B. G.-B. bezüglich der Aufhebung der Ansprüche des Pachters auf Remiß wegen Mißwachses sich anzuschließen." Der betreffende § hat, da schließlich die Regierung die Ansicht der Kammern genehmigt hat, die gegenwärtige Fassung erhalten.

Nach der Fassung des vorliegenden § werden Forderungen, welche vor dem Zeitpunkte entstanden sind, mit dem das B. G.-B. in Kraft tritt, nicht blos in Beziehung auf ihre Gültigkeit und Wirksamkeit, sondern auch in allen andern Beziehungen, während ihrer ganzen Dauer, nach dem bisherigen Rechte zu beurtheilen sein, also auch namentlich in Beziehung auf die dabei zu gewährende Verschuldung, auf die Kündigung, auf den Verzug, auf die beigefügten Zeitbestimmungen und Bedingungen. Dieß gilt selbst dann, wenn ein vor dem Zeitpunkte, mit welchem das B. G.-B. in Kraft tritt, ge-

schlossener Contract, z. B. ein Miethcontract, nach jenem Zeitpunkte stillschweigend verlängert wird.

Noch sind einige Fälle zu erwähnen, in welchen das B. G.-B. Forderungen, die nach dem bisherigen Rechte gültig waren, aus sittlichen Gründen für nichtig erklärt. Nach dem bisherigen Rechte war es nicht verboten, sich für die Vermittelung einer Ehe einen Lohn (sog. Kuppelpelz) versprechen zu lassen. Dagegen erklärt der § 1259 des B. G.-B. „das Versprechen einer Mäklergebühr für die Nachweisung einer heiraths-fähigen Person oder für die Vermittelung einer Ehe" für nichtig. Nach dem bisherigen Rechte war ein Vertrag über die Ableistung eines außergerichtlichen Eides gültig. Dagegen erklärt der § 1427 des B. G.-B. „einen Vertrag, durch welchen die Entscheidung über ein Rechtsverhältniß von der Ableistung eines außergerichtlichen Eides abhängig gemacht wird" für nichtig. Nach dem bisherigen Rechte konnte für den Fall des Rücktrittes von dem Verlöbniß eine Conventionalstrafe ausbedungen werden (Gesetz sub C., über privilegirte Gerichtsstände und einige damit zusammenhängende Gegenstände, v. 28. Jan. 1835, § 53, G.-S., S. 85). Dagegen erklärt der § 1580 des B. G.-B. „das Versprechen einer Strafe für den Fall, daß die Ehe zwischen den Verlobten nicht zu Stande kommt" für nichtig. Es entsteht nun die Frage, wie sich die Bestimmungen des B. G.-B. zu Verträgen verhalten, welche unter der Herrschaft des bisherigen Rechts gültig geschlossen worden sind. Nach dem bereits öfters angegebenen Grundsatze, daß das neue Gesetz erworbene Rechte unberührt läßt, wird, wenn durch die Vermittelung der Ehe der sog. Kuppelpelz verdient ist, auf diesen, weiter, wenn der außergerichtliche Eid bereits geschworen ist, auf die für diesen Fall versprochene Leistung, endlich, wenn der Theil, welcher die Conventionalstrafe versprochen hat ohne Grund von dem Verlöbnisse bereits zurückgetreten ist, auf die Conventionalstrafe auch noch nach dem Zeitpunkte, mit welchem das B. G.-B. in Kraft tritt, geklagt werden können. Aber nach diesem Zeitpunkte kann ein sog. Kuppelpelz durch Vermittelung der Ehe nicht mehr verdient, das Recht auf eine Leistung durch Ausschwörung eines außergerichtlichen Eides nicht mehr erworben, eine Conventionalstrafe durch einseitigen Rücktritt von einem Verlöbnisse nicht mehr verwirkt werden. Es würden, wenn man das Gegentheil annehmen wollte, rechtliche Folgen an Handlungen geknüpft werden, welche das B. G.-B. für unsittlich und für zu Gegenständen der Verträge ungeeignet angesehen hat. Auch spricht für die hier aufgestellte Ansicht, wenigstens beim sog. Kuppelpelze und bei dem Versprechen der Conventionalstrafe im Falle des einseitigen Rücktritts vom Verlöbnisse, die Analogie der Bedingungen in so fern, als aus bedingten Verträgen mit dem Eintritte der Bedingung nur dann Obligationen entstehen können, wenn ihrer Entstehung nicht ein verbietendes Gesetz entgegensteht. (Man vergl. Siebenhaar, Correalobligationen, S. 313 folg., insbesondere not. 4.)

---

§ 19. Hat das bürgerliche Gesetzbuch neue Gründe der Erlöschung der Forderungen anerkannt, so findet dasselbe auch auf Forderungen, welche bereits vor dem Zeitpunkte entstanden waren, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, Anwendung, soweit der Grund, mit welchem die Erlöschung der Forderung verbunden ist, nach dem gedachten Zeitpunkte eingetreten ist.

Dieser § stimmt mit dem allgemeinen Principe überein, daß juristische Thatsachen nach den Gesetzen zu beurtheilen sind, welche zu der Zeit gelten, wo die Thatsachen sich ereignen. Durch das B. G.-B. neu eingeführte Gründe der Erlöschung von Forderungen

sind z. B. die Verjährung in Fällen, in welchen sie bisher ausgeschlossen war, ferner die Präclusivfristen in §§ 1069. 1174. 1261.

---

§ 20. Hat das bürgerliche Gesetzbuch bisher anerkannte Gründe der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Forderungen aufgehoben, so bleibt, wenn die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit nach dem bisherigen Rechte durch eine Thatsache begründet ist, welche sich vor dem Zeitpunkte, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, ereignet hat, die Forderung auch nach diesem Zeitpunkte nichtig oder anfechtbar.

Dieser § enthält ebenfalls einen bloßen Folgesatz aus den allgemeinen Regeln über die Unzulässigkeit der Rückwirkung der Gesetze. Fälle, in welchen von diesem § Gebrauch zu machen sein wird, sind vorzüglich die exceptio Senatusconsulti Macedoniani und die laesio enormis. Beide Gründe der Anfechtung eines Vertrages kennt das B. G.-B. nicht. Handelt es sich nun um ein Darlehn, welches vor der Zeit, mit der das B. G.-B. in Kraft tritt, contrahirt worden ist, so wird die exceptio Sct. Macedoniani, wenn sie nach dem bisherigen Rechte begründet war, auch noch nach jenem Zeitpunkte mit Erfolg geltend gemacht werden können. Ist unter der Herrschaft des bisherigen Rechts ein Kauf geschlossen worden, welchem die exceptio laesionis enormis entgegen steht, so bleibt derselbe anfechtbar, obschon das B. G.-B. diese Exception nicht kennt. In gleicher Weise wird auch nach der Zeit, mit der das B. G.-B. in Kraft tritt, in Beziehung auf ein unter der Herrschaft des bisherigen Rechts geschlossenes Rechtsgeschäft die Frage, ob dasselbe wegen Irrthums, Betrugs und Zwanges nichtig oder anfechtbar sei, nach dem bisherigen Rechte zu entscheiden sein. Ebenso würde die im B. G.-B. §§ 1509 bis 1518 nicht angenommene sog. Gratificationstheorie in Beziehung auf vor dem 1. März 1865 liegende Fälle noch anwendbar sein.

---

§ 21. Für die Alimentationsansprüche der außerehelichen Kinder gegen ihren außerehelichen Vater sind die Vorschriften des Gesetzbuchs von dem Zeitpunkte an, mit welchem das Gesetzbuch in Kraft tritt, maßgebend, selbst wenn die außereheliche Geburt vor diesem Zeitpunkte liegt, vorausgesetzt, daß über die Ansprüche nicht bereits entschieden, oder dieselben verglichen oder sonst erledigt sind.

Die Publications-Verordnung übergeht die auf die Familienverhältnisse, Ehe, väterliche Gewalt, Vormundschaft, Alimentationspflicht der (ehelichen) Eltern und (ehelichen) Kinder, bezüglichen Vorschriften des B. G.-B. Der äußere Grund davon ist der, daß das Gesetzbuch in diesen Verhältnissen Etwas nicht geändert hat und Bestimmungen über den Uebergang von dem älteren Rechte in das Recht des Gesetzbuchs nicht erforderlich sind. Indessen versteht sich auch von selbst, daß, fänden sich in dem Gesetzbuch neue Bestimmungen über die Familienverhältnisse, bei deren Anwendbarkeit darauf Etwas nicht ankommen könnte, ob das Familienverhältniß vor oder nach dem 1. März 1865 entstanden wäre. Auch liegt diese Ansicht der Vorschrift des vorstehenden § zu Grunde.

Wären nämlich die Rechte des außerehelichen Kindes seinem Vater gegenüber lediglich auf das factum der Schwängerung zurück zu führen, so würde die Vorschrift in § 18 darauf anwendbar sein. Dem gegenwärtigen § liegt aber die Vorstellung zu Grunde, daß das Verhältniß zwischen dem außerehelichen Kinde und Vater analog dem zwischen dem ehelichen Kinde und Vater bestehenden zu beurtheilen sei. Von den auf die Rechte des

außerehelichen Kindes gegen seinen Vater bezüglichen Vorschriften des B. G.-B. §§ 1858—1873 sind namentlich die §§ 1860. 1862. 1864 dem Verhältnisse zwischen dem ehelichen Kinde und Vater nachgebildet, und wenn schon bei einigen andern Vorschriften, z. B. den in §§ 1863. 1873 dieß sich nicht ebenfalls nachweisen läßt, so liegt doch dem Gesammtinhalte dieser Vorschriften, wie aus den §§ 1870. 1871 noch insbesondere herorgeht, diese Analogie zu Grunde. Der Gesichtspunkt, welcher für den vorliegenden § maßgebend gewesen ist, steht übrigens mit dem in § 12 des B. G.-B. aufgestellten überein.

Die Frage, welchen Einfluß das B. G.-B. auf das Verhältniß zwischen dem außerehelichen Vater und Kinde hat, ist praktisch nicht so unwichtig, als es vielleicht auf den ersten Anblick scheint. Erstens ist durch den § 1859 der bisher zuläßig gewesene Beweis ausgeschlossen, daß die außereheliche Mutter zu der Zeit, wo der als außerehelicher Vater in Anspruch Genommene mit ihr concumbirt hat, bereits schwanger gewesen sei. (Man vergl. auch Annalen N. F. Bd. 3, S. 137.) Zweitens ist das maximum des jährlichen Alimentationsquantums in § 1862 nicht unerheblich erhöht. Drittens ist der Regreß unter den mehreren Construpatoren nach § 1872 nicht mehr statthaft. (Man vergl. auch Annalen N. F. Bd. 3, S. 45.) Viertens sind die Ansprüche des außerehelichen Kindes gegen den Nachlaß des außerehelichen Vaters nach § 1873 in Etwas beschränkt. Diese sämmtlichen Bestimmungen sind nach dem gegenwärtigen § von der Zeit der Inkrafttretung des B. G.-B. an auch dann auf das Verhältniß zwischen dem außerehelichen Kinde und Vater anwendbar, wenn die Geburt des Kindes vor der angegebenen Zeit liegt, vorausgesetzt, daß über die Alimentationsansprüche nicht bereits (in erster Instanz) entschieden, oder dieselben verglichen oder sonst erledigt sind.

Endlich ist die frühere subsidiäre Alimentationsklage wider die Eltern des Schwängerers beseitigt. Man vergl. § 1874 (Motive), ingleichen Annalen Bd. 1, S. 595 folg.

---

§ 22. Die gesetzliche Erbfolge ist in den Fällen, in welchen der Erblasser vor dem Zeitpunkte, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, gestorben ist, nach dem bisherigen Rechte, in den Fällen aber, in welchen das Ableben des Erblassers nach diesem Zeitpunkte erfolgt ist, nach dem bürgerlichen Gesetzbuche zu beurtheilen.

Diese Vorschrift beruht darauf, daß die Erbschaft nach § 2009 in Verbindung mit § 2028 des B. G.-B. den gesetzlichen Erben mit dem Tode des Erblassers deferirt wird. In dieser Beziehung besteht übrigens kein Unterschied zwischen der gesetzlichen Erbfolge der Blutsverwandten, der der an Kindesstatt Angenommenen und der der Ehegatten.

---

§ 23. Angehend die Erbfolge aus letzten Willen, so sind letzte Willen, welche vor dem Zeitpunkte, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, errichtet worden, in so weit nach dem bisherigen Rechte zu beurtheilen, als es sich um die Handlungsfähigkeit des Erblassers, insbesondere um die Fähigkeit desselben zu Errichtung eines letzten Willens, sowie um die Form des letzten Willens handelt. Dagegen ist, wenn der Erblasser zwar vor dem gedachten Zeitpunkte einen letzten Willen errichtet hat, aber erst nach diesem Zeitpunkte gestorben ist, für die Beurtheilung der Fähigkeit des Bedachten zur Erwerbung aus einem letzten Willen und der

Gültigkeit des Inhalts des letzten Willens, insbesondere auch der Pflichttheilsrechte, das bürgerliche Gesetzbuch maßgebend.

Der erste Satz dieses § entspricht dem § 2073 des B. G.-B. und dem obigen § 6, der zweite Satz den §§ 2008. 2565. 2583 und 2594 des B. G.-B. Nach dem ersten Satze wird „ein letzter Wille, welchen Jemand nach den Formen des bisherigen Rechts errichtet hat, gelten, selbst wenn der Testator erst nach dem Zeitpunkte, mit dem das B. G.-B. in Kraft tritt, stirbt, oder nach der Errichtung des letzten Willens in einen Zustand verfallen, der ihn des Vernunftgebrauchs beraubt hat, oder unter Zustandsvormundschaft gestellt worden ist. Dagegen wird beispielsweise der zweite Satz anwendbar sein, wenn ein Pflichttheilsberechtigter von dem Erblasser letztwillig mit einem Gegenstande bedacht worden ist, dessen Werth den Betrag des Pflichttheils nicht erreicht. Nach dem bisherigen Rechte hatte nämlich der Pflichttheilsberechtigte in diesem Falle blos eine persönliche Klage auf Erfüllung des Pflichttheils. Nach dem B. G.-B. § 2589 steht ihm aber die Erbschaftsklage sowohl auf Gewährung, als auch auf Ergänzung des Pflichttheils zu. Der mit einem bestimmten Gegenstande bedachte Pflichttheilsberechtigte wird daher, wenn der Erblasser nach dem Zeitpunkte, mit dem das B. G.-B. in Kraft tritt, mit Tode abgeht, ohne Unterschied, ob der letzte Wille vor oder nach jenem Zeitpunkte errichtet worden ist, das Recht haben, zu verlangen, daß zur Ermittelung des Bestandes der Erbschaft und zum Zwecke der Theilung der letzteren die einzelnen erbschaftlichen Gegenstände versteigert werden.

In der Ein- und Ausführungsverordnung vom 9. Januar 1865 § 19 wird noch insbesondere für die Vorschriften der §§ 2084 und 2383 des B. G.-B. die Folgerung aus dem vorstehenden § gezogen, daß auch dann, wenn ein Testament mit dem Vorbehalt sog. Codicille vor dem 1. März 1865 errichtet worden ist, auf die nach diesem Tage verfaßten nachträglichen schriftlichen Verfügungen die Formvorschrift der §§ 2084 und 2383 des B. G.-B. Anwendung findet.

---

§ 24. Auf Erbverträge, welche vor dem Zeitpunkte, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, errichtet worden sind, finden die im § 23 aufgestellten Vorschriften insofern ebenfalls Anwendung, als für die Erfordernisse ihrer Errichtung das bisherige Recht gilt, dagegen aber, wenn der Vertrags-Erblasser erst nach dem gedachten Zeitpunkte stirbt, die Erbfolge aus dem Erbvertrage, insbesondere auch rücksichtlich der Frage, in wie weit dieselbe wegen verletzter Pflichttheilsrechte wegfällt, nach dem bürgerlichen Gesetzbuche zu beurtheilen ist.

Soviel die Erfordernisse der Errichtung eines Erbvertrags anlangt, so steht dieser § in Uebereinstimmung mit §§ 6. 23. Fälle, welche hierher gehören, sind beispielsweise nachstehende. — Von der Form des Erbvertrages im § 2546 des B. G.-B. ist bereits oben zum § 6 die Rede gewesen. — Nach dem bisherigen Rechte war es nicht ausgeschlossen, daß auch Minderjährige, mit Einwilligung der Vormünder, Erbverträge errichten konnten. Dagegen können nach § 2545 des B. G.-B. „Handlungsunfähige und für ihre Person Bevormundete selbst nicht mit Einwilligung ihrer Vormünder, und Geisteskranke selbst nicht in lichten Zwischenräumen durch Erbvertrag verfügen.“ Hat nun ein Minderjähriger unter der Herrschaft des bisherigen Rechts einen Erbvertrag gültig errichtet, so wird die Verfügung als gültig anzusehen sein, selbst wenn der Vertragserblasser erst zu einer Zeit mit Tode abgeht, wo das B. G.-B. in Kraft getreten ist.

Soviel die Erbfolge aus einem Erbvertrage betrifft, so beruht die darauf bezügliche Vorschrift des vorstehenden § darauf, daß das B. G.-B. §§ 2550—2552. 2556. 2583. 2601 den Erbvertrag als einen Delationsgrund auffaßt.

---

§ 25. Soviel das eheliche Güterrecht anlangt, so finden die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs, durch welche das Recht der Verwaltung und des Nießbrauches des Ehemannes an dem Vermögen der Ehefrau geändert oder näher bestimmt worden ist, von dem Zeitpunkte an, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, auch auf vor diesem Zeitpunkte geschlossene Ehen Anwendung.

Zuvörderst ist die Bemerkung vorauszuschicken, daß die Form der Eheschließung um deßwillen nicht besonders erwähnt wird, weil, selbst abgesehen davon, daß in dieser Beziehung selbstverständlich immer das Gesetz maßgebend ist, welches zur Zeit der Eheschließung gilt, das B. G.-B. in § 1588 an dem bisherigen Rechte überhaupt Etwas nicht geändert hat. Soviel hiernächst das eheliche Güterrecht anlangt, so würde die Consequenz des § 14 des B. G.-B. „die ehelichen Vermögensrechte werden nach den Gesetzen beurtheilt, welche zur Zeit der Eingehung der Ehe an dem Wohnsitze des Ehemanns gelten. Durch einen Wechsel des Wohnsitzes werden die ehelichen Vermögensrechte nicht geändert", dahin führen, daß in Beziehung auf Ehen, welche unter der Herrschaft des bisherigen Rechts geschlossen worden sind, das eheliche Güterrecht durch das B. G.-B. nicht geändert werden könne. Indessen hat man Bedenken getragen, diese Consequenz zur Geltung zu bringen. In den auf das eheliche Vermögensrecht bezüglichen Vorschriften des B. G.-B. §§ 1655 — 1690 ist nicht allein das bisherige System des ehelichen Güterrechts beibehalten, sondern auch in dem Einzelnen nur Weniges geändert worden. Läßt sich nun zwar bei den mannichfachen Controversen, welche bisher in der Praxis herrschten, nicht so schlechterdings behaupten, daß der § 1677 des B. G.-B. „ist der Gegenstand des ehemännlichen Nießbrauchs eine Forderung, so bedarf der Ehemann zur Erhebung und Einklagung der Einwilligung der Ehefrau" die einzige Aenderung des bisherigen Rechts sei, so ist dieselbe doch jedenfalls die hauptsächlichste. Und gerade der angegebene § 1677 kann als eine (authentische) Auslegung der dunkeln und bestrittenen Verordnung v. 7. Juni 1821 (G.-S., S. 75 folg.) gelten. Wenigstens würde es nicht zweckmäßig gewesen sein, die Zweifel, zu welchen die angegebene Verordnung Anlaß gegeben hat, in Beziehung auf früher geschlossene Ehen fortbestehen zu lassen. Jede Besorgniß, als ob durch den gegenwärtigen § erworbene Rechte verletzt werden möchten, wird übrigens dadurch beseitigt, daß dem B. G.-B. erst von dem Zeitpunkte an, mit welchem dasselbe in Kraft tritt, Einfluß auf vorher geschlossene Ehen zugeschrieben wird, weil darin von selbst liegt, daß, in so fern der Ehemann bereits vorher ein Recht an dem eheweiblichen Vermögen ausgeübt haben sollte, welches er nach dem bisherigen Rechte hatte, durch das B. G.-B. daran etwas nicht geändert werden soll.

Ueber die Schenkungen unter den Ehegatten war, da auf dieselben der § 6 Anwendung findet, etwas Besonderes nicht zu bestimmen. Sollte der § 1694 des B. G.-B. etwas Neues enthalten, was nicht zugegeben werden kann, so würde derselbe nur für Ehestiftungen, welche nach dem 1. März 1865 errichtet worden sind, Geltung haben.

---

§ 26. Die Bestimmungen des Gesetzbuchs über die Verpflichtung zur Ausstattung in §§ 1660 folg. gelten blos für Ehen, welche nach dem Zeitpunkte, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, geschlossen werden.

Diesen Satz, welcher vielleicht selbstverständlich scheinen kann, hat man aus nachstehendem Grunde aufgenommen. Nach der Dec. 29 v. J. 1746 ist zwar der Vater seinen Töchtern, wenn diese sich noch in väterlicher Gewalt befinden, nicht eigenes Vermögen besitzen und nicht wider seinen Willen heirathen, eine nach seinen Standes- und Vermögensverhältnissen zu bestimmende Ausstattung zu geben verbunden; wenn er aber die Ausstattung nicht vor Eingehung der Ehe versprochen hat, so kann nachher Etwas nicht gefordert werden, vielmehr ist anzunehmen, daß die Tochter dieses Rechts durch Eingehung der Ehe verlustig geworden sei. Dagegen kann nach § 1666 des B. G.-B. die Ausstattung auch noch nach der Eheschließung gefordert werden, die Klage verjährt aber in einem Jahre, von Zeit der Eingehung der Ehe an. Um nun die Meinung auszuschließen, als ob eine Tochter, welche vor dem Zeitpunkte, mit dem das B. G.-B. in Kraft tritt, sich verehelicht hat, ohne zuvor ihr Recht auf eine Ausstattung geltend zu machen, etwa auf Grund des § 1666 des B. G.-B. Ansprüche an ihren Vater machen könne, ist der gegenwärtige § aufgestellt worden.

---

§ 27. Die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs über die Scheidung der Ehe treten von dem Zeitpunkte an, mit dem das Gesetzbuch in Kraft tritt, auch in Beziehung auf schon vorher geschlossene Ehen in Kraft. Insbesondere kann eine solche Ehe aus einem Grunde, welche nach dem bisherigen Rechte gegolten hat, in dem Gesetzbuche aber nicht anerkannt worden ist, nach jenem Zeitpunkte nicht weiter geschieden werden.

(Dep.-Ber. der I. Kammer über die Verordnung, die Publication 2c. a. a. O., S. 366. Verhandl. d. II. Kammer a. a. O., S. 936.)

Diese Vorschrift hat ihren Grund darin, daß für die Zulässigkeit der Ehescheidung öffentliche und sittliche Rücksichten entscheidend sind und eben deßhalb von einem erworbenen Rechte auf die Ehescheidung, so lange diese nicht durch richterliche Entscheidung ausgesprochen worden ist, keine Rede sein kann. Im Verhältniß zu der bisherigen Gesetzgebung ist die Ehescheidung durch das B. G.-B. nicht mehr, als dieß bisher der Fall war, beschränkt worden. Dagegen mag nicht geradehin bezweifelt werden, daß einige Uebelstände, zu welchen die den Ehescheidungen mitunter wohl zu sehr günstige Praxis geführt hatte, soweit die Heiligkeit der Ehe und die Sittlichkeit es zu erfordern schienen, durch das B. G.-B. beseitigt worden sind und es wäre daher der Fall allerdings denkbar, daß nach dem bisherigen Rechte irgend eine Thatsache vorgekommen sein könnte, welche nach den gegenwärtig in der Praxis herrschenden Ansichten zu einer Ehescheidung hätte führen können, welcher aber das B. G.-B. die Eigenschaft eines Ehescheidungsgrundes abgesprochen hat. Im umgekehrten Falle folgt aus den allgemeinen Principien von selbst, daß ein factum, welches zu der Zeit, wo es vorgefallen, nicht geeignet gewesen wäre, den Antrag auf Ehescheidung zu rechtfertigen, auch durch das B. G.-B. nicht diese Eigenschaft erlangen kann.

Die erste Deputation der ersten Kammer war in ihrem Berichte der Ansicht, daß in der Publications-Verordnung auch auf diesen letzteren Fall Rücksicht zu nehmen sei und stützte hierauf den Antrag, daß der gegenwärtige § einen Zusatz des Inhalts erhalten sollte: „Eben so kann eine Ehe aus einem Ehescheidungsgrunde, welcher durch das B. G.-B. neu eingeführt ist, nur dann geschieden werden, wenn die den Ehescheidungsgrund bildende Thatsache erst nach dem Zeitpunkte, mit dem das B. G.-B. in Kraft tritt, sich ereignet hat." Dieser Zusatz erfuhr aber in der zweiten Kammer Widerspruch, indem man be-

hauptete, daß es eines solchen Zusatzes nicht bedürfe, weil außer Zweifel beruhe, daß, wenn das B. G.-B. in so weit, als es bisher gültig gewesene Ehescheidungsgründe nicht anerkenne, auf facta praeterita zu beziehen sei, dieß auch in so weit gelten müsse, als dasselbe neue Ehescheidungsgründe einführe, daß aber, wenn ein Zusatz überhaupt für nothwendig gehalten werden sollte, dann das Gegentheil von Dem, was die erste Kammer beantragt habe, ausgesprochen werden müßte. In dem Vereinigungsverfahren erledigte sich diese Meinungsverschiedenheit der beiden Kammern formell dadurch, daß die erste Kammer ihren Antrag auf den Zusatz fallen ließ und die zweite Kammer sich hiermit einverstanden erklärte. So ist es gekommen, daß beide Kammern aus ganz entgegengesetzten Gründen von dem Zusatze abgesehen haben, nämlich die erste, weil sie glaubte, daß sich der Zusatz von selbst verstehe, die zweite, weil sie der Meinung war, daß das Gegentheil von Dem, was der Zusatz enthielte, selbstverständlich sei. Die Entscheidung der Frage wird unter diesen Umständen aus allgemeinen Principien zu schöpfen sein und hiernach dürfte die Voraussetzung der ersten Kammer zutreffen. Von großer praktischer Bedeutung ist die ganze Frage nicht, weil das B. G.-B. die Ehescheidung im Verhältniß zu der bisherigen Praxis wohl kaum in einem Punkte erleichtert haben dürfte.

Mit Beziehung auf den gegenwärtigen § hat das Oberappellationsgericht die Vorschrift des § 1715 des B. G.-B. (Unzulässigkeit der Scheidung wegen Ehebruchsversuches) auch auf Ehen angewendet, welche vor dem 1. März 1865 geschlossen worden sind. (Annalen N. F. Bd. 1, S. 122 folg.) — Ueber die Zusammenrechnung der vor und nach dem 1. März 1865 erkannten Freiheitsstrafen im Falle einer auf den § 1740 gegründeten Scheidungsklage vergleiche man Annalen N. F. Bd. 4, S. 122 folg.

Zu bemerken ist endlich, daß der vorstehende § auf die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe nicht zu beziehen ist. Sowohl bei dieser, als auch bei jener kommt es auf die Zeit der Eheschließung an, jedoch gelten, soviel die Anfechtung einer Ehe betrifft, die Vorschriften der §§ 1624 bis 1626 des B. G.-B., namentlich die darin bestimmten Präclusivfristen, auch für Ehen, welche vor dem 1. März 1865 geschlossen worden sind.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Erster Theil.
Allgemeine Bestimmungen.

Erste Abtheilung.
Von den bürgerlichen Gesetzen.

§ 1. Gesetze treten, wenn nicht etwas Anderes bestimmt ist, mit ihrer Bekanntmachung in Kraft.

Motive. Dieser § wiederholt im Wesentlichen nur die Vorschrift des § 4 des Gesetzes v. 6. Sept. 1834 (G.-S., S. 190). Auch behält dieses Gesetz nach Publication des bürgerlichen Gesetzbuches seine fortdauernde Gültigkeit; von einem dieß ausdrückenden Zusatze zu dem gegenwärtigen §, z. B. daß die Bekanntmachung des Gesetzes eine verfassungsmäßige sein müsse, ist um deswillen abgesehen worden, weil dadurch der Glaube hätte erweckt werden können, als sollte damit die bekannte, dem öffentlichen Rechte angehörige, Streitfrage, ob der Richter über die Gültigkeit der Publication der Gesetze zu cognosciren habe, und zwar noch dazu im bejahenden Sinne, entschieden werden.

Wie überhaupt an dem Gesetze v. 6. Sept. 1834 nichts hat geändert werden sollen, so versteht sich dieß namentlich auch von dessen Bestimmung in § 5, wonach „mit Anfang des fünfzehnten Tages von dem im betreffenden Stücke des Gesetz- und Verordnungsblattes angezeigten Tage der letzten Absendung an, diesen Tag nicht mit eingerechnet, jedes in dem ausgegebenen Stücke enthaltene Gesetz für im ganzen Lande publicirt angesehen werden soll". In dem vorliegenden § handelt es sich nur um den Anfang der Wirksamkeit eines Gesetzes nach dessen Publication, nicht aber um die Frage, wie ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande kommt; es bedarf daher kaum der Erwähnung, daß, soweit Bundesbeschlüsse privatrechtliche Gegenstände betreffen, die Vorschrift in § 1 des Gesetzes v. 5. Mai 1851 Anwendung findet.

Mit dem Zusatz „wenn nicht etwas Anderes bestimmt ist" wird auf die Fälle hingewiesen, in welchen, wie z. B. bei dem B. G.-B. selbst, ausnahmsweise ein gehörig bekannt gemachtes Gesetz erst zu einem späteren Zeitpunkte in Kraft treten, also ein sog. vacatio legis stattfinden soll. In diesen Fällen findet nämlich die Bestimmung des § 5 des Gesetzes v. 6. Sept. 1834, daß das Gesetz mit Anfang des fünfzehnten Tages nach der letzten Absendung desselben von Seiten der Redaction für im ganzen Lande publicirt an-

zusehen sei, keine Anwendung, weil an die Stelle dieser Frist das stets längere tempus vacationis tritt.

Zweifelhaft kann es für den ersten Augenblick scheinen, ob, wenn ein Gesetz ohne tempus vacationis publicirt wird, in dem einzelnen Falle der Nachweis zulässig sei, daß dasselbe Jemandem vor dem Ablaufe der fünfzehntägigen Frist bekannt geworden sei. Nach den Worten in § 4 des Gesetzes v. 6. Sept. 1834 „hat Jeder, den es angeht, sich zu achten, sobald er Kenntniß davon erlangt" und in § 5 desselben Gesetzes „soll für im ganzen Lande publicirt erachtet werden" scheint dieß zu bejahen zu sein. Nach dem Zwecke des zuletzt angegebenen § 5, welcher unstreitig dahin geht, daß ein Gesetz erst dann in Kraft treten soll, wenn es als im ganzen Lande publicirt gilt, ist dieß zu verneinen. Auch wäre es gar zu verkehrt, wenn ein Gesetz über die Publication der Gesetze die Gültigkeit derselben auf einen Zeitpunkt zurückverlegen wollte, zu welchem die Publication noch nicht geschehen ist. Nach § 3 des Gesetzes vom 6. September 1834 gilt der darin vorgeschriebene Modus der Publication für alle nach der Verfassungsurkunde zu erlassende und zu promulgirende Gesetze, Verordnungen und sonstigen Bekanntmachungen, sowie für die aus den Ministerien und anderen Central-Landes-Behörden ergehenden Verfügungen und Bekanntmachungen, welche nicht blos örtliches oder persönliches Interesse haben. Namentlich wird in Beziehung auf (bloße) Proceßgesetze eine Ausnahme nicht gemacht. Die Frage, ob die im § 5 bestimmte fünfzehntägige Frist in dem einzelnen Falle abgekürzt oder ganz ausgeschlossen werden könne, ist zu verneinen, weil das einzelne Gesetz, welches hierin Etwas änderte, immer nur nach dem Gesetze vom 6. September 1834 promulgirt werden könnte. Eine Entscheidung, welche auf ein Gesetz basirt wäre, bevor dieses als publicirt gilt, würde, unter den sonstigen Voraussetzungen, nach unserem Dafürhalten, als nichtig angefochten werden können.

Ueber die Frage endlich, ob sich Jemand mit Erfolg darauf berufen könne, daß ihm ein gehörig bekannt gemachtes Gesetz unbekannt geblieben sei, sind die §§ 96. 97 des B. G.-B. zu vergleichen.

Die Publication der Gesetze des norddeutschen Bundes erfolgt nach Art. 2 der norddeutschen Bundesacte durch Verkündigung im Bundesgesetzblatt, und „es beginnt, sofern nicht in dem publicirten Gesetze ein anderer Anfangstermin seiner verbindlichen Kraft bestimmt ist, die letztere mit dem vierzehnten Tage nach dem Ablaufe des Tages, an welchem das betreffende Stück des Bundesgesetzblattes in Berlin ausgegeben worden ist." Hiermit steht das Gesetz, das Halten des Gesetzblattes des norddeutschen Bundes betreff. vom 10. December 1867, welches unter 3 die Bestimmung enthält, daß das Bundesgesetz sofort mit seiner Publication in Kraft treten soll, in Zusammenhang. Wir fürchten, daß, wenn der norddeutsche Bund Gesetze über Privatrecht geben sollte, die vorstehenden Bestimmungen nicht jeden Zweifel über die Gültigkeit der Publication ausschließen dürften.

---

§ 2. Gesetze haben auf vorher gegangene Handlungen und vorher erworbene Rechte keinen Einfluß, wenn nicht etwas Anderes bestimmt oder nach dem Zwecke des Gesetzes anzunehmen ist.

Wenn in dem vorstehenden § gesagt wird „Gesetze haben auf vorher gegangene Handlungen und vorher erworbene Rechte keinen Einfluß", so umfaßt das Wort „vorher" die Zeit vor der gehörigen Bekanntmachung, und, wenn eine vacatio legis bestimmt ist, die Zeit vor der Inkrafttretung des Gesetzes. Neben den „vorher gegangenen Handlungen" sind „die vorher erworbenen Rechte" besonders genannt,

weil zwar die letzteren wenigstens in der Regel in den ersteren mit enthalten sind, bei jenen aber die ratio der Vorschrift, daß Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, deutlicher hervortritt, als bei anderen Handlungen, welche nach der ältern Gesetzgebung nicht so schlechterdings immer zu einer Erwerbung von Rechten, vielleicht sogar zu einer Aufhebung derselben geführt haben können.

Der Zusatz „wenn nicht etwas Anderes bestimmt oder nach dem Zwecke des Gesetzes anzunehmen ist" drückt aus, daß ein Gesetz rückwirkende Kraft hat, wenn die Absicht des Gesetzgebers vorliegt, daß dieß der Fall sein soll, ohne Unterschied, ob das Gesetz dieß ausdrücklich ausspricht, oder sich dieß aus einer richtigen Gesetzesauslegung ergiebt. Wenn ein Gesetz rückwirkende Kraft hat, so fallen facta praeterita ganz so unter dasselbe, als ob es bereits zu der Zeit gegolten hätte, wo die fraglichen facta sich ereignet haben; doch wird dabei vorausgesetzt, daß das Rechtsverhältniß, von dessen Subsumtion unter das neue Gesetz es sich handelt, nicht vor der Inkrafttretung des letzteren aufgehört hat, namentlich nicht durch Vergleich, Erfüllung, Novation oder auf sonstige Weise aufgehoben worden ist. Namentlich wird, wenn nicht etwas Anderes bestimmt ist, darauf allein, daß ein Gesetz rückwirkende Kraft habe, die condictio indebiti nicht gegründet werden können. Auf bereits entschiedene Sachen kommt dem Gesetz mit rückwirkender Kraft ebenfalls kein Einfluß zu; daß die Entscheidung rechtskräftig geworden sei, ist nicht erforderlich, weil, wenn der Rechtsstreit durch Appellation an den oberen Richter gebracht worden wäre, der obere Richter blos zu untersuchen hätte, ob die von dem unteren Richter ertheilte Entscheidung den Gesetzen entspräche, welche zu der Zeit gegolten haben, wo die erste Entscheidung gegeben worden ist.

Die Frage, ob, wenn ein von einer aufschiebenden Bedingung abhängiges Rechtsgeschäft zu einer Zeit geschlossen worden war, zu welcher das alte Gesetz galt, und die Bedingung zu einer Zeit erfüllt wurde, zu welcher das neue Gesetz in Kraft getreten war, das Rechtsgeschäft nach dem alten oder nach dem neuen Gesetze zu beurtheilen sei, ist mit nachstehender Unterscheidung zu beantworten:

Wie zu dem § 112 des B. G.-B. ausführlicher gezeigt wird, beruht das bürgerliche Gesetzbuch in der Lehre der aufschiebenden Bedingungen auf dem auch schon im römischen Rechte ganz richtig erkannten Principe, daß bei bedingten Rechtsgeschäften im Falle des Eintritts der Bedingung zwei Zeitpunkte für die Beurtheilung der dadurch begründeten Rechte entscheidend sind. Der erste ist der des Vertragsschlusses, der zweite der des Eintritts der Bedingung. Mit dem ersten sind bedingte, mit dem zweiten unbedingte Rechte begründet. Die bedingten Rechte sind mit dem Vertragsschlusse erworben und beruhen auf letzterem. Die mit dem Eintritte der Bedingung unbedingt werdenden Rechte sind zwar in Folge des Vertrags, aber nicht mit diesem erworben, vielmehr kommen, soweit dabei noch andere Verhältnisse, als der Vertrag, maßgebend sind, auch diese Verhältnisse zur Zeit des Eintritts der Bedingung in Betracht.

In Beziehung auf die Frage, nach welchen Gesetzen die suspensiv bedingten Verträge zu beurtheilen sind, wenn in der Zwischenzeit zwischen dem Vertragsschlusse und dem Eintritt der Bedingung ein Wechsel in der Gesetzgebung eingetreten ist, ergiebt sich aus dem Vorstehenden der Grundsatz, daß für die bedingten Rechte die zur Zeit des Vertragsschlusses geltenden, für die mit Eintritt der Bedingung zur Vollendung gelangten Rechte aber die zur Zeit des Eintritts der Bedingung in Kraft stehenden Gesetze maßgebend sind. Wären z. B. die Vertragschließenden zur Zeit des Vertragsschlusses handlungsfähig gewesen, so würde der Vertrag selbst dann gelten, wenn ihnen die Handlungsfähigkeit vor Eintritt der Bedingung durch ein neues Gesetz entzogen worden wäre. Bedurfte der Vertrag zu der Zeit, wo er geschlossen wurde, keiner besonderen Form, so ist er gültig, selbst wenn ein neues Gesetz eine besondere Form für denselben vorgeschrie-

ben haben sollte. Hätte dagegen der Gegenstand, über welchen der bedingte Vertrag geschlossen worden ist, zwar zur Zeit des Vertragsschlusses in Verkehr gestanden, wäre er aber vor Eintritt der Bedingung durch das Gesetz außer Verkehr gesetzt worden, oder wäre er sonst vor diesem Zeitpunkte zufällig untergegangen, so wäre der Vertrag nichtig. (Man vergl. auch § 796 des B. G.-B.) Ueber den Unterschied, welcher zwischen dem hier behandelten Falle und dem Falle der nach dem Abschlusse eines unbedingten Vertrags eintretenden Unmöglichkeit der Leistung besteht, sind übrigens die §§ 866. 873. 874 des B. G.-B. zu vergleichen.

Der vorliegende § liegt der Publications-Verordnung zu dem B. G.-B., soweit diese transitorische Bestimmungen enthält, zu Grunde, wie bereits oben bemerkt worden ist.

---

§ 3. Gesetze finden, soweit sie frühere Gesetze auslegen, auf alle noch nicht rechtskräftig entschiedene Fälle Anwendung, wenn nicht etwas Anderes bestimmt ist.

Motive. In Beziehung auf die hier erwähnte authentische Gesetzesinterpretation ist hervorzuheben, erstens, daß, wenn der Gesetzgeber das Gesetz für ein blos auslegendes erklärt hat, der Richter an die gegebene Auslegung gebunden ist, seine eigene subjective Ansicht darüber, ob der durch das auslegende Gesetz festgestellte Sinn mit dem früheren Gesetze übereinstimme oder nicht, mag sein, welche sie wolle, und zweitens, daß das auslegende Gesetz auf alle Fälle Anwendung findet, welche noch nicht rechtskräftig entschieden sind, sollten sie auch bei Eintritt der Wirksamkeit des auslegenden Gesetzes bereits in der Unterinstanz versprochen worden sein.

Auf die sog. authentische Gesetzesinterpretation wird in dem gegenwärtigen Abschnitte zwei Mal Rücksicht genommen, nämlich das erste Mal in dem vorliegenden §, das andere Mal in dem § 21 des B. G.-B. Dieß mußte geschehen, weil diese Interpretationsart aus einem doppelten Gesichtspunkte von Wichtigkeit ist, nämlich erstens in Beziehung auf den Zeitpunkt, in welchem das eine authentische Interpretation enthaltende Gesetz in Kraft tritt, und zweitens in Beziehung auf das Verhältniß dieser Interpretationsart zu andern Interpretationsarten. In ersterer Hinsicht war hier, in der letzteren in § 21 das Nöthige zu bestimmen.

Durch die Worte „Gesetze, soweit sie frühere Gesetze auslegen", mit welchen die Worte in § 21 „Ist mittelst eines Gesetzes die Auslegung eines früheren Gesetzes gegeben" übereinstimmen, wird das charakteristische Merkmal der authentischen Interpretation mit hinreichender Bestimmtheit angegeben. Das Gesetz, welches den Zweck hat, eine authentische Interpretation zu geben, muß ein früheres Gesetz auslegen und es muß dieß aus dessen Fassung oder wenigstens aus dessen sonst erkennbarem Zwecke hervorgehen. Hieraus folgt, daß nicht jedes Gesetz, welches eine Unbestimmtheit des früheren Rechts beseitigt, oder eine Streitfrage entscheidet, eine authentische Interpretation enthält, sondern ein Zweifel über die Interpretation eines früheren Gesetzes vorauszusetzen ist, welcher durch das neue Gesetz gehoben werden soll.

Da in dem gegenwärtigen § von Gesetzen die Rede ist, welche frühere Gesetze auslegen, so versteht es sich von selbst, daß darauf die allgemeinen Vorschriften über die Publication der Gesetze Anwendung finden. Namentlich gilt dieß auch von der fünfzehntägigen Frist, mit deren Ablauf nach § 5 des Gesetzes v. 6. Sept. 1834 ein Gesetz als im ganzen Lande publicirt gilt.

Die Worte „auf alle noch nicht entschiedenen Fälle" haben den Zweck, auszudrücken, daß die Gesetze, welche frühere Gesetze interpretiren, auf facta praeterita einen

noch intensiveren Einfluß haben als die Gesetze, welchen rückwirkende Kraft beigelegt ist. Während nämlich die Anwendbarkeit der letzteren auf facta praeterita schon mit dem Verspruche in erster Instanz ausgeschlossen ist, kommt es bei den ersteren auf den Zeitpunkt der Rechtskraft der Entscheidung an. Der Grund davon liegt darin, daß, wenn in der Zwischenzeit zwischen der Entscheidung in der ersten und obern Instanz ein Gesetz erscheint, welches ein früheres Gesetz auslegt, dadurch in Gewißheit gesetzt wird, es sei das frühere Gesetz in dem nunmehr festgestellten Sinne zu erklären. Der obere Richter aber, welcher seiner Entscheidung die authentische Interpretation zu Grunde legt, entscheidet, dessenungeachtet nach dem Gesetz, welches bereits zur Zeit der Ertheilung der ersten Entscheidung gegolten hat.

Auf bereits anhängige Prozesse finden Gesetze, welche frühere Gesetze auslegen, so lange Anwendung, als gegen die Entscheidung überhaupt ein Rechtsmittel zuläßig ist. Dagegen wird, abgesehen von dem Falle, wo gegen den durch die authentische Interpretation festgestellten Rechtssatz in letzter Instanz erkannt worden ist, wenigstens nach dem jetzt in Sachsen geltenden Prozeßrechte, eine Nullitätsklage darauf nicht basirt werden können. Nach der Bekanntmachung, einige Rechtssätze in Beziehung auf die Nullitätsklage betreff. v. 4. März 1848 (G.- u. V.-Bl. v. J. 1848, S. 31 folg.) kann eine Entscheidung (abgesehen von Ablösungssachen und ganz geringfügigen Civilansprüchen, in welchen die Nullitätsklage gar nicht statt hat) nur dann als null angefochten werden, wenn erstens die im ordentlichen Instanzenzuge zuläßigen Rechtsmittel verbraucht worden sind, und zweitens die Entscheidung contra jus in thesi und contra rem judicatam verstößt. Ist nun das Gesetz, welches ein früheres auslegt, nach der Entscheidung der ersten Instanz erschienen, so kommt es darauf an, ob dieß vor oder nach dem decendium geschehen ist. In dem ersteren Falle würde es zu einer Abänderung der Entscheidung in Gemäßheit der authentischen Interpretation einer Appellation bedürfen und wäre diese nicht eingelegt worden, so wäre die Nullitätsklage ausgeschlossen, weil die im ordentlichen Instanzenzuge zuläßigen Remedien nicht verbraucht worden wären. In letzterem Falle läge eine rechtskräftige Entscheidung vor, auf welche das auslegende Gesetz keinen Einfluß haben könnte, nicht zu gedenken, daß von einer Nullitätsklage wider eine Entscheidung der ersten Instanz an sich keine Rede sein könnte. Aehnlich würde sich das Verhältniß gestalten, wenn das auslegende Gesetz nach der Entscheidung in zweiter Instanz erschienen wäre, jedoch mit dem Unterschiede, daß hier Fälle denkbar wären, in welchen gegen die Entscheidung der zweiten Instanz ein ordentliches Rechtsmittel überhaupt nicht statt hätte, und in diesen Fällen darauf nichts ankäme, ob das auslegende Gesetz vor oder nach dem decendium erschienen wäre. Unter diesen Verhältnissen ist eine Nullitätsklage auf Grund eines auslegenden Gesetzes blos denkbar, wenn das auf eingewendete Rechtsmittel gesprochene letzte Erkenntniß den durch ein solches Gesetz festgestellten Rechtssatz verletzt, sei es nun, daß dieses eine Entscheidung der früheren Instanz, welche gegen das auslegende Gesetz verstößt, nicht abgeändert, oder ein erst später erschienenes auslegendes Gesetz nicht berücksichtigt hat.

So ist die Frage, ob eine Nullitätsklage mit Beziehung auf ein auslegendes Gesetz gerechtfertigt werden könne, nach unserm jetzigen Prozeßrechte zu entscheiden. Daß darin durch die in naher Aussicht stehende neue Prozeßordnung Etwas geändert werden sollte, ist zwar nicht unmöglich, aber in hohem Grade unwahrscheinlich.

In den Worten „wenn nicht etwas Anderes bestimmt ist“ wird auf die Fälle hingewiesen, in welchen der Gesetzgeber die Zurückbeziehung des auslegenden Gesetzes auf alle noch nicht rechtskräftig entschiedene Fälle ausschließt, was nicht nothwendig mit ausdrücklichen Worten geschehen muß, sondern auch aus andern Umständen, welche auf die Absicht des Gesetzgebers schließen lassen, zu folgern sein kann.

Man hat mitunter die Ansicht aufgestellt, daß die Bestimmungen des B. G.-B., durch welche Streitfragen des bisherigen Rechts entschieden werden, als authentische Interpretationen zu betrachten seien. Das bisher Gesagte wird genügen, das Unrichtige dieser Ansicht außer Zweifel zu setzen und es mag hier nur noch auf die große Gefahr aufmerksam gemacht werden, welcher man erworbene Rechte mit dieser Ansicht aussetzen würde. Dagegen wird es dem Richter natürlich unbenommen sein, unter den verschiedenen Meinungen, welche nach dem bisherigen Rechte über eine Rechtsfrage aufgestellt wurden und von welchen bald diese bald jene als die herrschende galt, gerade diejenige zu wählen, welche in dem B. G.-B. angenommen worden ist. Im Erfolge wird dieß dahin führen, daß das Gesetzbuch, mit alleiniger Ausnahme der Fälle, für welche wir in Sachsen Gesetze hatten, auch der Entscheidung vor dem 1. März 1865 liegender Rechtsverhältnisse zur Grundlage dienen kann. Denn seit dem Anfange dieses Jahrhunderts hatten die Rechtslehrer sich bemüht, an jedem, noch so unzweifelhaften, Rechtsprincipe zu rütteln und es gab vor dem Gesetzbuche nicht eine Rechtswissenschaft, sondern nur eine ungeordnete Masse Meinungen der Rechtslehrer oder ein jus controversum.

---

§ 4. Sind die Gründe eines Gesetzes weggefallen, so verliert das Gesetz seine Kraft, wenn es ausschließlich auf den weggefallenen Gründen beruhte.

Der Entwurf des B. G.-B. enthielt als §§ 4 und 5 nachstehende zwei §§.

(§ 4). Gesetze, deren Dauer auf eine bestimmte Zeit beschränkt sind, verlieren ihre Kraft mit Ablauf der Zeit. Andere Gesetze behalten ihre Kraft, bis sie von dem Gesetzgeber aufgehoben oder abgeändert werden.

(§ 5). Gesetze verlieren ihre Wirksamkeit, wenn ihr Gegenstand ganz weggefallen ist.

Beide §§ hat man bei der Schlußredaction des B. G.-B. weggelassen, weil sie selbstverständlich sind. Denn daß Gesetze, welche entweder ausdrücklich nur auf Zeit gegeben sind oder, wie dieß z. B. bei Ausfuhrverboten vorkommt, nur eine transitorische Bestimmung haben, mit Ablauf der Zeit, auf welche sie gegeben sind, ihre Kraft verlieren, folgt nicht allein schon aus dem § 1, sondern auch aus dem Begriffe und Zwecke eines Gesetzes, als einer Willenserklärung des Gesetzgebers. Eben so wenig bedurfte es einer Bestimmung über den Fall, wo der Gegenstand oder das rechtliche Verhältniß, dessen Normirung ein Gesetz bezweckt, ganz und für immer wegfällt, z. B. wenn die Geschlechtsvormundschaft durch Gesetz abgeschafft wird, oder Frohnen und Huthungsrechte abgelöst werden.

Der § 4 des B. G.-B. adoptirt nicht etwa den in dieser Allgemeinheit wohl mit Recht bestrittenen Grundsatz „cessante legis ratione cessat lex ipsa". Denn nicht mit jedem Wegfall der Gründe des Gesetzes soll das Gesetz als außer Kraft gesetzt betrachtet werden, sondern nur dann, wenn dasselbe ausschließlich auf den weggefallenen Gründen beruht. In dieser Fassung steht der § mit dem allgemeinen Principe in vollem Einklange, daß das Gesetz als der Ausdruck des Willens des Gesetzgebers anzusehen ist. Läßt sich nämlich nachweisen, daß der Gesetzgeber lediglich mit Rücksicht auf gewisse Gründe das Gesetz gegeben habe, es also nicht gegeben haben würde, wenn diese Gründe nicht vorhanden gewesen wären, so muß das Gesetz mit dem Wegfall dieser Gründe, als seiner ausschließlichen und wesentlichen Voraussetzungen, seine Kraft verlieren. Ob in dem einzelnen Falle das Gesetz mit dem Wegfalle seiner Gründe seine Kraft verliert, ist Sache der Beurtheilung des einzelnen Falles.

---

§ 5. Hebt ein Gesetz eine Regel auf, so werden damit auch die Folgesätze, nicht aber die Ausnahmen der Regel aufgehoben, wenn sich nicht aus dem Zusammenhange auch die Aufhebung der Ausnahmen ergiebt.

Motive. In der Aufhebung der Regel würde auch die Aufhebung der Ausnahme dieser Regel z. B. dann liegen, wenn an die Stelle eines ganzen Rechtsinstitutes ein anderes eingeführt, oder eine neue Regel als ausnahmslose oder nur durch gewisse Ausnahmen beschränkte hingestellt würde.

Der erste Satz, „daß, wenn ein Gesetz eine Regel aufhebt, damit auch die Folgesätze der Regel aufgehoben werden", liegt in der Natur der Sache. Würde durch ein anderweites Gesetz die Regel wieder von Neuem eingeführt, ohne daß der in dem älteren Gesetze daraus gezogenen Folgesätze gedacht würde, so würde zu unterscheiden sein, ob die letzteren nach den Gesetzen der Logik aus der wiederhergestellten Regel folgen oder ob sie blos positiv sind. Erstere würden ohne Weiteres als wieder eingeführt gelten, dagegen würden letztere nicht von selbst wieder aufleben.

Der zweite Satz, „daß, wenn ein Gesetz eine Regel aufhebt, die Ausnahmen nicht als aufgehoben zu betrachten sind", beruht darauf, daß die Ausnahmen besondere selbständige Bestimmungen enthalten. Zwar ist es denkbar, daß, wenn die Regel aufgehoben wird, die Ausnahme aufhört, eine solche zu sein, z. B. wenn ein Gesetz bestimmte, alle Rechtsgeschäfte bedürfen zu ihrer Perfection der schriftlichen Form, mit Ausnahme der Handelsgeschäfte, und ein späteres Gesetz die Regel aufhöbe, ohne an die Stelle der Schrift eine andere Form zu setzen. Allein auch in einem solchen Falle würde der Grundsatz, daß durch Aufhebung der Regel an der Ausnahme nichts geändert wird, sich als richtig erweisen, weil die Ausnahmebestimmung fortbestände und sogar mit Aufhebung der Regel selbst zur Regel würde. Dagegen liegen in andern Fällen, z. B. wenn ein Gesetz bestimmte, Käufe seien schriftlich zu schließen, ausgenommen die Waarenkäufe, welche nur durch Vermittelung von Mäklern geschlossen werden können, oder Testamente seien vor sieben Zeugen zu errichten, mit Ausnahme der zur Zeit einer Epidemie errichteten, bei welchen drei Zeugen genügen, blos der Form nach Regeln und Ausnahmen, in der Wirklichkeit aber selbständige Regeln vor, und es versteht sich von selbst, daß, wenn die eine Regel aufgehoben wird, dadurch die andere Regel nicht ebenfalls als aufgehoben betrachtet werden kann.

Nur nebenbei mag erwähnt werden, daß der vorstehende § auch Anwendung findet, wenn ein allgemeines Landesgesetz und ein davon abweichendes Localgesetz besteht und blos das erstere aufgehoben wird.

Mit den Worten, „wenn sich nicht aus dem Zusammenhange auch die Aufhebung der Regel ergiebt", wird auf die Fälle Rücksicht genommen, in welchen entweder ausdrücklich bestimmt ist, daß mit der Regel auch die Ausnahmen aufgehoben sein sollen, oder sich dieß aus den Umständen ergiebt. Letzteres würde z. B. dann anzunehmen sein, wenn an die Stelle eines ganzen Rechtsinstitutes ein anderes eingeführt, oder eine neue Regel als ausnahmslose oder nur durch bestimmt angegebene Ausnahmen beschränkte aufgestellt würde, wie dieß auch in den speciellen Motiven bereits erwähnt ist. Das Nähere hierüber ist aus den Grundsätzen über die Auslegung der Gesetze, welche auch in dieser Hinsicht gelten, zu entnehmen.

---

§ 6. Im Inlande kommen die inländischen Gesetze zur Anwendung, soweit sich nicht nach dem öffentlichen Rechte, insbesondere nach Staatsverträgen, und nach den nachfolgenden Bestimmungen eine Ausnahme ergiebt.

Die §§ 6—19, welche die Collision der Particularrechte verschiedener Staaten behandeln, sind aus sich selbst zu interpretiren; es fließt für deren Interpretation weder in einer andern Gesetzgebung, noch in der Doctrin eine Quelle. Soviel namentlich die letztere betrifft, so ist in den vielen Schriften, welche über diese Materie erschienen sind, kaum Etwas enthalten, was brauchbar wäre.

Das Princip, welches diese Lehre durchdringt, ist das, daß der Staat den Zweck hat, erworbene Rechte gegen Verletzungen und Beeinträchtigungen zu schützen, ohne Unterschied, ob die Rechte in dem Staate selbst, dessen Schutz in Anspruch genommen wird, oder in einem andern Staate erworben worden sind. Allerdings kann in einem Staate nicht der Schutz eines Rechts gefordert werden, welches nach der positiven Gesetzgebung des betreffenden Staates nicht des Schutzes wider Verletzungen und Beeinträchtigungen theilhaftig ist. Aber hieraus folgt nicht, daß die positive Gesetzgebung eines Staates blos auf Rechte zu beziehen sei, welche in dem Staate selbst entstanden sind. Denn dieß würde voraussetzen, daß die Entstehung der Rechte dem positiven Gesetze unterworfen wäre und diese Voraussetzung ist nicht gegründet. Recht ist die von dem positiven Rechte anerkannte Macht des Rechtssubjects (der Person) über das Rechtsobject (der res). Diese Macht entsteht, ohne daß das positive Recht dabei Einfluß hat. Indessen bedarf es dieses Grundes nicht einmal, weil es keine positive Gesetzgebung geben kann, welche in die Weltordnung auch in so weit eingriffe, daß sie für das Rechtssubject, das Rechtsobject, und die Entfaltung des ersteren über das letztere besondere Vorsichten aufzustellen versuchte. In diesem Gebiete herrscht eine Ordnung, welche nicht der positiven Gesetzgebung unterworfen ist, sondern diese bestimmt; die umfassendste positive kann nur die Voraussetzungen feststellen, unter welchen vorhandene Rechte anerkannt und zur Geltung gebracht werden können und sollen.

Eine weitere Verfolgung dieser Auffassung, deren endliches Ergebniß sich in dem Satze zusammenfassen läßt, daß die Rechtswissenschaft die Erkenntniß der Gesetze der Weltordnung ist und die positive Gesetzgebung nur den Zweck haben kann, dem in der Weltordnung vorgeschriebenen Rechte, soweit dieß nach menschlicher Einsicht und nach menschlichen Kräften möglich ist, Anerkenntniß und Geltung zu verschaffen, namentlich gegen Störungen und Verletzungen Schutz angedeihen zu lassen, liegt dem gegenwärtigen Ziele fern. Für die Lehre der Collision der Gesetze verschiedener Staaten ergeben sich daraus nachstehende Folgesätze:

1) daß jeder Staat den Beruf hat, erworbene Rechte, ohne Unterschied des Ortes ihrer Entstehung, zu schützen;
2) daß, wenn es sich um Rechte handelt, welche in einem andern Staate entstanden sind, die Frage, ob es des rechtlichen Schutzes theilhaftige Rechte seien und in welchem Umfange dieß der Fall sei, nach den Gesetzen des Staates zu beantworten ist, in dem sie entstanden sind;
3) daß kein Staat verpflichtet sein kann, den in einem anderen Staate entstandenen Rechten den gerichtlichen Schutz angedeihen zu lassen, wenn seine eigenen Gesetze denselben den Schutz versagen.

Zu Nr. 2 ist nur noch kürzlich die Frage zu erwähnen, wie sich das Verhältniß gestalte, wenn in dem Staate, dessen Gesetze als maßgebend zu betrachten sind, verschiedene Gesetzgebungen, ein allgemeines Landrecht und ein davon abweichendes Localrecht, gelten. Diese Frage ist dahin zu beantworten, daß, wenn das streitige Rechtsverhältniß unter der Herrschaft des Localrechts entstanden ist, dasselbe nach dem letzteren entschieden werden muß. Denn das Localrecht ist eben so gut das Recht eines Staates, als das allgemeine Landrecht.

Der vorstehende § 6 hat einen viel weiter reichenden Sinn, als es nach seiner kurz zusammengedrängten Fassung den Anschein haben könnte. Das Recht bezieht sich auf das Rechtssubject (die Person), auf das Rechtsobject (die Sache) und auf das gegenseitige Verhältniß der coexistirenden Personen zu den Sachen. Wenn nun im § gesagt wird „im Inlande kommen die inländischen Gesetze zur Anwendung", so heißt dieß, die privatrechtlichen Bestimmungen des Inlandes gelten ohne Rücksicht auf das Indiginat für alle sich im Inlande aufhaltende Personen, für alle im Inlande befindliche Sachen und für alle im Inlande contrahirte obligatorische Verhältnisse, oder mit andern Worten, in Beziehung auf das Privatrecht besteht nicht ein Unterschied zwischen Inländern und Ausländern. Die zwei Ausnahmen, nämlich erstens das öffentliche Recht, insbesondere die auf die Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit der Personen bezüglichen Gesetze, und zweitens die Conventionen über die gegenseitige Rechtshülfe enthalten nicht Ausnahmen von dem Satze, daß im Privatrechte Inländer und Ausländer sich ganz gleichstehen, sondern Ausnahmen von der Regel, daß die inländischen Gesetze auch auf Ausländer Anwendung finden.

Soviel nämlich die im § erwähnten „Staatsverträge" anlangt, so sind darunter insbesondere die umfassenderen Conventionen zu verstehen, welche das Königr. Sachsen mit mehreren deutschen Bundesstaaten über die Leistung gegenseitiger Rechtshülfe geschlossen hat, namentlich mit Preußen (Verordnung des Justizministeriums, die Publication der mit der Königl. Preuß. Regierung getroffenen Uebereinkunft über Leistung gegenseitiger Rechtshülfe betreff., v. 21. Dec. 1839. G.- u. V.-Bl., S. 321 folg.),[1] mit Altenburg (Verordnung des Justizministeriums, Bekanntmachung der mit der Herzogl. Sachsen-Altenburg. Regierung getroffenen Uebereinkunft über Leistung gegenseitiger Rechtshülfe betreff., v. 26. Juni 1840. G.- u. V.-Bl., S. 136 folg.) mit den Reußischen Fürstenthümern (Verordnung des Justizministeriums, die Bekanntmachung der mit der Fürstl. Reuß. Regierung jüng. Linie zu Gera getroffenen Uebereinkunft über die Leistung gegenseitiger Rechtshülfe betreff., v. 21. Juli 1845. G.- u. V.-Bl., S. 104 folg. Verordnung des Justizministeriums, die Bekanntmachung der mit der Fürstl. Reuß. Regierung ält. Linie zu Greiz getroffenen Uebereinkunft betreff., v. 27. Oct. 1845. G.- u. V.-Bl., S. 246 folg.)[2] mit Sachsen-Weimar-Eisenach (Verordnung des Justizministeriums, die Bekanntmachung der mit der Großh. Sachsen-Weimar-Eisenach. Regierung getroffenen Uebereinkunft wegen Leistung gegenseitiger Rechtshülfe betreff., v. 11. Febr. 1847. G.- u. V.-Bl., S. 25 folg.) mit Sachsen-Coburg-Gotha (Verordnung des Justizministeriums zu Bekanntmachung der mit der Herzogl. Sachsen-Coburg-Goth. Regierung getroffenen Uebereinkunft wegen Leistung gegenseitiger Rechtshülfe, v. 27. Juli 1848. G.- u. V.-Bl., S. 148 folg.) mit Baden (Verordnung zur Bekanntmachung der mit der Großh. Bad. Regierung getroffenen Uebereinkunft zur Beförderung der Rechtspflege, v. 31. Juli 1855. G.- u. V.-Bl., S. 165 folg.). Weiter gehören hierher die durch Verordnung v. 13. März 1862 (G.- u. V.-Bl., S. 38 folg.) publicirte Uebereinkunft mit Oesterreich und die mittelst Verordnung v. 16. Sept. 1867 publicirte Convention mit dem Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen v. 20. Juli 1867. (G.- u. V.-Bl., S. 239 folg.) Diese Conventionen haben zwar zunächst nur den Zweck, den Gerichtsstand in dem Verhältniß der beiden Staaten in so weit zu reguliren, daß auf Grund einer in dem einen Staate gesprochenen richterlichen Entscheidung die Hülfsvollstreckung auch in dem andern Staate gesucht werden kann. Allein dessenungeachtet finden sich darin einige

1. Verlängert durch die Verordnung, die Erläuterung von Art. 49 der angegebenen Convention betreffend, vom 2. April 1864.

2. Nachtrag dazu vom 22. Juli 1867.

Vorschriften, welche auf die Frage wegen der Collision der verschiedenen Particularrechte Bezug haben, wenigstens für diese präjudiciell sind. Man hebt als hierher gehörige Vorschriften aus der Badenschen Convention, welche ausführlicher ist, als die übrigen, nachstehende hervor:

Art. 2 (zweites Alinea). „Ausgeschlossen hiervon, von der Vollstreckbarkeit, sind nur diejenigen Urtheile, welche in dem einen Staate über den bürgerlichen Stand, oder die Ehe eines Angehörigen des andern Staates ergehen".

Art. 12. „Der persönliche Gerichtsstand des Schuldners wird auch als allgemeines Concursgericht anerkannt. Hat Jemand nach Art. 9 und 10 wegen des in beiden Staaten zugleich genommenen Wohnsitzes einen mehrfachen persönlichen Gerichtsstand, so entscheidet für die Zuständigkeit des allgemeinen Concursgerichts die Prävention".

Art. 14 (drittes und viertes Alinea). „Dingliche Rechte werden jedenfalls nach den Gesetzen des Ortes, wo die Sache belegen ist, beurtheilt und geordnet. Hinsichtlich der Gültigkeit der persönlichen Ansprüche entscheiden, wenn es auf die Rechtsfähigkeit eines der Betheiligten ankommt, die Gesetze des Staates, dem er angehört, wenn es auf die Form eines Rechtsgeschäfts ankommt, die Gesetze des Staates, wo das Geschäft vorgenommen worden ist, in allen andern, als den vorangeführten Fragen, die Gesetze des Staates, wo die Forderung entstanden ist".

Art. 29. „Alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden und auf den Todesfall werden, was die Gültigkeit derselben rücksichtlich ihrer Form betrifft, nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt, wo sie eingegangen sind. Wenn nach der Verfassung des einen oder des andern Staates die Gültigkeit einer Handlung allein von der Aufnahme vor einer bestimmten Behörde in demselben abhängt, oder wenn hierdurch dem Inländer gestattet ist, sich bei gewissen Rechtsgeschäften auch im Auslande der einheimischen Rechtsformen zu bedienen, so hat es auch hierbei sein Verbleiben".

Art. 30. „Verträge, welche die Begründung eines dinglichen Rechts auf unbewegliche Sachen zum Zweck haben, richten sich lediglich nach den Gesetzen des Ortes, wo die Sachen liegen".

Art. 31. „Die Bestellung der Vormundschaft (Personalvormundschaft) für Minderjährige oder ihnen gleich zu achtende Personen, welche in beiden Staaten zugleich Vermögen besitzen, gehört vor die Behörde desjenigen Staates, in welchem der Minderjährige heimathsberechtigt ist, oder des Wohnsitzes, wenn ein Heimathsrecht nicht auszumitteln ist, oder — bei mangelndem Wohnsitze — des Aufenthalts".

Art. 34 (letztes Alinea). „Mit der Vormundschaft über die Person erreicht auch die in dem andern Staate bestehende Güter-Curatel (besondere Vormundschaft) ihr Ende, selbst dann, wenn der Pflegbefohlene nach den Gesetzen dieses Staates noch nicht zu dem Alter der Volljährigkeit gelangt sein sollte".[1]

---

1. Der (Nürnberger) Commissionsbericht, die Ausarbeitung von Vorschlägen für eine allgemeine deutsche Gesetzgebung über den Gerichtsstand und über die Vollziehbarkeit rechtskräftiger Urtheile in den deutschen Bundesstaaten betreff., Leipzig 1859, enthält S. 3 folg. einen Gesetzentwurf über die von den deutschen Bundesstaaten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gegenseitig zu gewährende Rechtshülfe, in welchen die oben angeführten Artikel der zwischen Sachsen und Baden geschlossenen Convention nicht sämmtlich aufgenommen worden sind. Diesen Artikeln entsprechende §§ des allgemeinen deutschen Gesetzentwurfs sind blos § 2 (welcher als § 26 nochmals wiederholt ist) „die Bestimmungen des § 1 finden keine Anwendung auf Erkenntnisse, welche den bürgerlichen Stand oder die Ehe des Unterthans eines anderen Staates zum Gegenstande haben, oder welche auf Injurienklagen erlassen werden" und, jedoch blos theilweise, § 18 „Ist vor den Gerichten eines

§ 7. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person ist nach den Gesetzen des Staates zu beurtheilen, dessen Unterthan dieselbe ist.

Motive. Die Regel, „daß die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person nach den Gesetzen desjenigen Staates zu beurtheilen ist, dessen Unterthan sie ist", wird in der Allgemeinheit, in welcher sie hier aufgestellt ist, häufig bestritten. Man behauptet, daß zwischen der allgemeinen Rechtsfähigkeit und den Eigenschaften, welche nach den Rechten eines Landes zu gewissen Handlungen erforderlich sind, ferner zwischen den rechtlichen Eigenschaften an sich und den rechtlichen Wirkungen dieser Eigenschaften unterschieden werden müsse. Das Gesetzbuch ist aber, indem es diese Unterschiede nicht machte, den Ansichten gefolgt, welche bereits von Savigny, System Bd. 8, S. 134 folg. gegen diese Unterschiede mit Grund geltend gemacht hatte.

Gegen diesen § des B. G.-B. hat Unger in seiner Kritik des revidirten Entwurfs des B. G.-B. S. 16 folg. um deßwillen eine Ausstellung gemacht, weil darin für die Beurtheilung der Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person das entscheidende Moment nicht in den Wohnsitz, sondern in die Staatsangehörigkeit gesetzt worden ist. Im Wesentlichen begründet derselbe seine hiergegen gerichtete irrthümliche Ausstellung durch eine Beziehung auf v. Savigny, welcher a. a. O. S. 97 folg. bei Erörterung der Frage, ob bei einer Collision der Particularrechte verschiedener Staaten der Wohnsitz oder das Unterthanenverhältniß maßgebend sei, sich für den erstern erklärt hat. Hiernach wird es nicht unangemessen sein, auf diesen Gegenstand, rücksichtlich dessen übrigens die entscheidenden Gesichtspunkte von Pöschmann, die Gegner des revidirten Entwurfs eines B. G.-B. für Sachsen S. 20 unter Nr. 12 im Wesentlichen bereits kürzlich angegeben sind, etwas umständlicher einzugehen.

Der vorzüglichste Grund, welchen v. Savigny für seine eigenthümliche Ansicht angeführt hat, ist der, die von ihm S. 91 not. a. angeführten Rechtslehrer seien darüber einverstanden, daß der Wohnsitz die wahre Basis des Unterthanenverhältnisses (in Beziehung auf Privatrecht) bilde. Indessen ist dieser Grund nicht durchschlagend. Denn abgesehen selbst davon, daß ein vollständiges Einverständniß der Rechtslehrer in dieser Beziehung nicht besteht,[1] so würde, wenn selbst ein solches bestände, darauf schon aus

---

Staates über das Vermögen eines Schuldners Concurs eröffnet worden, so sind wegen aller Ansprüche an den Gemeinschuldner, soweit dieselben in Bezug auf die in diesem Staate befindliche Vermögensmasse geltend gemacht werden, während der Dauer des Concursprocesses nur die dortigen Gerichte im Sinne dieses Gesetzes zuständig. In so weit nach den Landesgesetzen dieses Staates der Concurs die Vollstreckung der Erkenntnisse hemmt, sind die dortigen Gerichte während dieser Zeit nicht verbunden, die in anderen Staaten erlassenen Erkenntnisse zu vollstrecken." Würde dieser Gesetzentwurf zum Gesetz erhoben, so würden dadurch die angegebenen Artikel nicht erledigt, wie denn auch schon ohnedem das vorgeschlagene Gesetz, da es seiner Tendenz nach blos die streitigen Civilsachen betrifft, die Conventionen, welche auch die Sachen der voluntären Gerichtsbarkeit und die Criminalsachen zum Gegenstande haben, nicht überflüssig machen kann.

Der angegebene, in vielfacher Hinsicht unvollständige und ungeschickt abgefaßte, Gesetzentwurf der Nürnberger Commission, ist, trotz der vorstehend erwähnten Bedenken, in Sachsen am 16. Januar 1865 publicirt worden. In der Praxis bekümmert man sich, aus sehr natürlichen Gründen, um dieses, höchstens ein mangelhaftes Schema zu Conventionen enthaltende, Gesetz nicht und es tritt bei demselben der singuläre Fall ein, daß ein Gesetz, trotz seiner Publication im Gesetz- und Verordnungsblatte, nicht gesetzliche Kraft hat.

1. Zum Beispiel ist Mittermaier, deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 30 anderer Ansicht.

dem sehr einfachen Grunde kein Gewicht zu legen sein, weil der Begriff der Staatsangehörigkeit oder des Unterthanenrechts, ungeachtet derselbe von jeher gegolten hat, den meisten Rechtslehrern unbekannt geblieben ist und erst durch die neuere Gesetzgebung Anerkennung gefunden hat.

Um zunächst mit dem Königr. Sachsen zu beginnen, so beruhte hier die Staatsangehörigkeit bis zum Jahre 1852 fast ausschließlich auf einer, wenn schon ziemlich ausgebildeten Praxis, welche nur hie und da in einzelnen Gesetzen, namentlich Verwaltungsgesetzen, als existirend vorausgesetzt wurde. Erst im Jahre 1852 wurde ein ausführliches Gesetz über Erwerbung und Verlust des Unterthanenrechts im Königr. Sachsen, vom 2. Juni des gedachten Jahres (G.- u. V.-Bl. v. J. 1852, S. 240) gegeben. Nach diesem Gesetze wird die Staatsangehörigkeit in Sachsen begründet: 1) durch Geburt, durch nachfolgende Ehe der Eltern und, unter gewissen Voraussetzungen und Beschränkungen, durch Ehelichsprechung und Annahme an Kindesstatt (§§ 2—4), 2) durch Verheirathung (§ 5), 3) durch Aufnahme, welche an gewisse Bedingungen geknüpft ist, 4) durch Uebertragung eines öffentlichen Amts (§ 15), 5) durch eine der Aufnahme in den Unterthanenverband gleichzuachtende Erklärung des Ministeriums des Innern, daß ein im Lande überhaupt nicht oder doch nicht mehr heimathsberechtigtes Individuum als staatsangehörig zu betrachten sei, weil es dem Auslande nicht zugewiesen werden könne. Dagegen kann durch den Wohnsitz die Staatsangehörigkeit nicht erworben werden. Arten des Verlusts der Sächs. Staatsangehörigkeit sind: 1) Entlassung, welche sich, soweit nicht ausdrücklich eine Ausnahme gemacht wird, auch auf die Ehefrau und auf die noch unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder des Auswandernden und, wenn das auswandernde Individuum eine Frauensperson ist, auf deren unselbständige außereheliche Kinder erstreckt (§§ 17—19), 2) stillschweigende Entlassung oder stillschweigender Verzicht, wenn nämlich ein Sachse das Königreich Sachsen verläßt, gleichzeitig oder später seinen Wohnsitz daselbst aufgiebt und binnen eines Zeitraums von zehn Jahren von seiner Entfernung an nicht wieder dahin zurückkehrt, ohne sich noch vor Ablauf dieser Frist die fortdauernde Anerkennung seines Sächsischen Unterthanenrechts gesichert zu haben, oder wenn ein Sachse ohne vorhererlangte Genehmigung des Königs in den Civilstaatsdienst eines fremden Staates eintritt (§§ 20. 21), 3) Verheirathung, wenn nämlich eine Sachsin sich an einen Ausländer verheirathet (§ 22), 4) Ausspruch der Behörde (§§ 23. 24). Dagegen wird durch das bloße Verlegen des Wohnsitzes in das Ausland die Staatsangehörigkeit nicht verloren.[1]

Aehnliche Gesetze über die Staatsangehörigkeit oder das Unterthanenrecht haben die meisten deutschen Staaten und wo dieß etwa nicht der Fall sein sollte, da wird sich eine feststehende Praxis gebildet haben. Von den Staaten, welche ausdrückliche Gesetze über das Unterthanenrecht haben, mag hier namentlich Preußen genannt werden. Dieses hat ein ausführliches Gesetz über die Entstehung und Aufhebung der Eigenschaft eines Preußen oder Preuß. Unterthans, v. 31. Dec. 1842 (G.-S. v. J. 1843, S. 15 folg.), in welchem namentlich gesagt wird, daß durch den Wohnsitz das Preuß. Unterthanenrecht weder erworben werde, noch verloren gehe (§§ 13. 23). Eben so erkennt das Oesterr. Gesetzbuch schon im § 4 an, daß die Anwendbarkeit des Oesterr. Rechts auf die Einzelnen unabhängig von dem Wohnsitze zu bestimmen sei, indem es dort wörtlich heißt, „die bürgerlichen Gesetze verbinden alle Staatsbürger der Länder, für welche sie kund gemacht worden sind. Die Staatsbürger bleiben auch in Handlungen und Geschäften, die sie außer dem Staatsgebiete vornehmen, an diese Gesetze gebunden, in so weit, als

1. Durch den Art. 3 der norddeutschen Bundesacte ist für den ganzen Umfang des Bundesgebiets ein gemeinsames Indigenat eingeführt worden.

ihre persönliche Fähigkeit, sie vorzunehmen, dadurch eingeschränkt wird und als die Handlungen und Geschäfte zugleich in diesen Ländern rechtliche Folgen hervorbringen sollen. In wie fern die Fremden an diese Gesetze gebunden sind, wird in dem folgenden Hauptstücke bestimmt". Könnte über den Sinn dieser Vorschrift irgend ein Zweifel sein, so würde derselbe jedenfalls durch die §§ 28—37 gehoben werden.

Erklärt sich hieraus auf der einen Seite, warum die gemeinrechtlichen Schriftsteller, welche die Collision der Particularrechte in den verschiedenen Staaten behandeln, den Begriff der Staatsangehörigkeit, der dem gemeinen Rechte fremd war, nicht berücksichtigten, so liegt auf der andern Seite jener Begriff schon dem Art. 84 der allg. D. W.-O. zu Grunde, indem es dort heißt, „die Fähigkeit eines Ausländers, wechselmäßige Verpflichtungen zu übernehmen, wird nach den Gesetzen des Staates beurtheilt, welchem derselbe angehört. Jedoch wird ein nach den Gesetzen seines Vaterlandes nicht wechselfähiger Ausländer durch Uebernahme von Wechselverbindlichkeiten im Inlande verpflichtet, in so fern er nach den Gesetzen des Inlandes wechselfähig ist".

Wenn v. Savigny a. a. O., S. 100, not. l. sich darauf beruft, daß in den Staatsverträgen, welche Preußen mit andern Staaten über die gegenseitige Rechtshülfe geschlossen habe, der Wohnsitz schlechthin als Grundlage des ordentlichen persönlichen Gerichtsstandes, ohne Erwähnung eines davon möglicher Weise verschiedenen Unterthanenverbandes, anerkannt werde, so würde sich dieß einfach daraus erklären, daß bei Bestimmung des Gerichtsstandes natürlich der Wohnsitz[1] maßgebend sein muß. Indessen ist diese Bemerkung nicht einmal richtig. Wenigstens wird in der Convention zwischen Preußen und Sachsen wiederholt auf das Unterthanenverhältniß Rücksicht genommen, z. B. § 6. 8. 15. 21 (viertes Alinea). Ueberhaupt ist aber diese Convention in ihrer Fassung so unbestimmt und schwankend, daß sich gar nicht mit Sicherheit angeben läßt, in welchen Beziehungen der Wohnsitz, und in welchen die Staatsangehörigkeit als geltend zu betrachten sein soll; wogegen in der oben ebenfalls erwähnten Convention zwischen Sachsen und Baden Art. 2. 14. 31. 34 mit klaren Worten gesagt wird, daß der status, die Ehe, die Rechtsfähigkeit und die Personal-Vormundschaft nach den Gesetzen des Staates zu beurtheilen seien, dessen Unterthanen die betreffenden Individuen sind.

In außerdeutschen Staaten gilt der für die Anwendbarkeit ausländischer Gesetze wichtige Unterschied zwischen Wohnsitz und Staatsangehörigkeit ebenfalls, z. B. in Frankreich (Code Napoléon art. 3. 8. 11) und wie v. Savigny S. 100 bezeugt, in England und in den amerikanischen Staaten.

Die Besorgniß, daß, wenn man auf die Staatsangehörigkeit Gewicht lege, die Untersuchung der Frage, welchem Staate die betreffende Person angehöre, häufig zu weitläufigen und verwickelten Erörterungen führen müßte, ist nicht mehr gegründet, als wenn der Wohnsitz als entscheidend betrachtet wird. Für die Fälle, in welchen sich die Staatsangehörigkeit nicht ermitteln läßt, oder die betreffende Person in gar keinem Staatenverbande steht, ist in dem oben angezogenen Sächs. Gesetze über das Unterthanenrecht Vorsehung getroffen worden und eben so ist über die Frage, wie es zu halten sei, wenn in einem und demselben Staate verschiedene Localrechte bestehen, bereits oben das Nöthige gesagt worden. So tief einschneidende Zweifel, wie sie bei dem lediglich factischen Wohnsitze entstehen müssen, können bei dem gesetzlich regulirten Unterthanenrechte nicht vorkommen, und wenn die Sicherheit des Rechts etwas Wünschenswerthes ist, so kann diese mit der Staatsangehörigkeit weit eher erreicht werden, als mit

1. Sehr praktische Bemerkungen über das forum domicilii findet man bei Hug. Donellus l. l. t. II pag. 139 sequ.

dem Wohnsitze, dessen Begriff schon in den l. 7 Cod. de incolis mit den Worten „Et in eodem loco singulos habere domicilium, non ambigitur, ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde non sit discessurus, si nihil avocat, unde cum profectus est, peregrinari videtur, quodsi rediit, peregrinari desiit“ mehr dichterisch, als praktisch greifbar, umschrieben wird. In der deutschen Sprache giebt es nicht einmal einen technischen Ausdruck für „domicilium“; man gebraucht dafür die Worte „Wohnsitz“ „Wohnort“ „Aufenthaltsort“ „wesentlicher Aufenthaltsort“ bald promiscue, bald mit Unterscheidung. Dieselbe Unklarheit herrscht in den Proceßgesetzgebungen und in den proceßrechtlichen Schriften. Erwägt man endlich, daß eine und dieselbe Person auch zu gleicher Zeit mehrere Domicile oder auch gar kein Domicil haben kann, so wird man sich nicht versucht fühlen, die Lehre der Collision der Gesetze verschiedener Staaten auf diesem schwankenden Boden aufzubauen. Der Umstand, daß die Mehrzahl der Theoretiker anderer Ansicht ist, beweist nur so viel, daß die Praxis, unbekümmert um die neuere Doctrin, ihren eigenen Weg zu gehen hat. Auch sind die Bestimmungen des B. G.-B. über die Collision der Particularrechte verschiedener Staaten schon bisher bei uns in der Praxis befolgt worden, ohne daß sich Uebelstände irgend welcher Art gezeigt hätten.

Kann nach dem vorstehend Gesagten kein Zweifel darüber sein, daß der Staatsangehörigkeit, soweit sie die Voraussetzung der Anwendbarkeit des Particularrechts eines Staates ist, allerdings Einfluß auf die Frage der Collision der Privatgesetze verschiedener Staaten zuzugestehen ist, so läßt sich freilich darüber, wie weit hierin zu gehen sei, immer, mit mehr oder weniger Schein, streiten. Das B. G.-B. hat, indem es 1) die Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2) die Eingehung und Auflösung der Ehe, 3) die väterliche Gewalt, 4) die Vormundschaft, als solche Verhältnisse betrachtet hat, welche nach der Staatsangehörigkeit zu bestimmen sind, den Ansichten Ausdruck gegeben, die schon bisher in der Praxis unzweifelhaft galten und sich durch die Eigenschaft dieser Verhältnisse, als solcher, welche einer dauernden Regelung durch Gesetze fähig und bedürftig sind, rechtfertigen lassen; wie theils in Beziehung auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit zu diesem §, theils in Beziehung auf die übrigen Verhältnisse zu den einschlagenden §§ noch näher gezeigt werden soll.

Soviel nämlich die Rechts- und Handlungsfähigkeit betrifft, so hat die in der Praxis schon bisher befolgte Ansicht,[1] daß es bei derselben auf die Staatsangehörigkeit ankomme, den Grund für sich, daß gesetzliche Bestimmungen, welche dieselbe betreffen, blos für die Staatsangehörigen gegeben sind, nicht aber für die Unterthanen anderer Staaten. Denn es handelt sich dabei um Eigenschaften und Voraussetzungen, die im öffentlichen Interesse durch Gesetze eine dauernde Gestalt erhalten müssen, weil sie die Grundlage einer Menge anderer Verhältnisse und unter diesen auch der Staatsordnung bilden. Diese Auffassung liegt auch dem Art. 84 der allg. D. W.-O. unter, welcher, wie bereits oben erwähnt worden ist, die Wechselfähigkeit nach der Staatsangehörigkeit beurtheilt.

Der in dem gegenwärtigen § ausgesprochene Grundsatz, daß sich die Rechtsfähigkeit eines Ausländers nach den Gesetzen des Staates richte, dessen Unterthan derselbe sei, erleidet durch die absolute Vorschrift in § 30 des B. G.-B. „jeder Mensch ist rechtsfähig“ und in § 31 „Sclaverei, Leibeigenschaft und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Gewalt sind unstatthaft“ Ausnahmen.[2] So würde z. B. einem

---

1. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. Jahrg. I., S. 251 folg., Jahrg. XI., S. 433 folg. Zeitschr. f. R. u. V., N. F., Bd. 2, S. 378 folg., Bd. 3, S. 289 folg.

2. Man vergl. auch § 19 des B. G.-B.

Sclavenbesitzer bei Verfolgung seiner Sclaven in Sachsen kein Rechtsschutz gewährt werden können, wohl aber würden die letzteren in ihrer Freiheit zu schützen sein. Ebenso könnte das französische Recht des bürgerlichen Todes selbst gegen französische Unterthanen in Sachsen nicht zur Anwendung gebracht werden, weil dieses Institut mit den oben angegebenen Vorschriften in Widerspruch steht. Dagegen würden die Bestimmungen in § 32 des B. G.-B. über die Ungeborenen und Todtgeborenen, in § 33 über die Mißgeburten, in §§ 37—44 über die Todeserklärung auf fremde Unterthanen, selbst wenn sie ihren Wohnsitz in Sachsen genommen hätten, nicht anwendbar sein, vielmehr würde in diesen Beziehungen auf die Gesetze des Staates, dem dieselben angehören, recurrirt werden müssen. Die Bestimmungen in § 34 über die Präsumtion des Lebens eines Kindes und in § 45 über die Präsumtion des Todes würden auch auf Ausländer Anwendung finden, aber nicht auf Grund des vorliegenden §, sondern um deßwillen, weil dieselben processualischer Natur sind und daher in allen im Inlande anhängigen Processen gelten müssen, ohne Unterschied, ob die Parteien Inländer oder Ausländer sind.

Uebergehend zu der Handlungsfähigkeit, welche nach dem gegenwärtigen § ebenfalls nach der Staatsangehörigkeit zu beurtheilen ist, so bemerkt man zunächst, daß es sich hier um einen Grundsatz handelt, welcher eben sowohl für die Inländer, als für die Ausländer gilt. Die Handlungsfähigkeit eines Sächs. Unterthans ist nach Sächs. Gesetzen zu beurtheilen, selbst wenn im Auslande vorgenommene Handlungen desselben in Frage sind, und die Handlungsfähigkeit eines Ausländers ist, abgesehen von der in § 8 gemachten Ausnahme, nach den Gesetzen des Staates, dessen Unterthan er ist, zu beurtheilen, obschon es sich um im Inlande vorgenommene Rechtsgeschäfte desselben handelt. Einige Beispiele werden dieß zu klarerer Anschauung bringen. Ein Sachse, welcher das 21. Lebensjahr erfüllt und nach § 47 des B. G.-B. die Volljährigkeit erreicht hat, wird aus Verpflichtungen, die er in Preußen übernommen hat, in Sachsen verklagt werden können, obschon er das nach Preuß. Rechte zur Volljährigkeit erforderliche 24. Lebensjahr zur Zeit der Uebernahme der Verpflichtung noch nicht erfüllt hatte. Eine nach Sächs. Rechte volljährige unverheirathete Sachsin wird durch Contracte, die sie im Auslande ohne Geschlechtsvormund geschlossen hat, verbindlich, selbst wenn nach den Gesetzen des Landes, in dem sie contrahirt hat, das Institut der Geschlechtsvormundschaft bestehen sollte. Umgekehrt werden Contracte, welche ein Ausländer, der zwar nach Sächs. Gesetze volljährig wäre, aber nach den Gesetzen seines Vaterlandes es nicht ist, in Sachsen geschlossen hat, sofern nicht die Ausnahme in § 8 eintritt, auch in Sachsen nicht für gültig anzusehen sein. Ebenso verhält es sich, wenn eine unverheirathete Unterthanin eines Landes, in dem die Geschlechtsvormundschaft gilt, in Sachsen ohne Hinzutritt eines Geschlechtsvormundes contrahirt hat.

Für den Begriff der Handlungsfähigkeit ist der § 81 des B. G.-B. maßgebend, namentlich macht es keinen Unterschied, ob die Handlungsfähigkeit überhaupt nicht vorhanden, oder blos beschränkt ist; es sind also die Fragen, ob Jemand noch im Kindesalter oder in väterlicher Gewalt stehe, oder nicht, ob er volljährig oder minderjährig sei, ob er eine Ehe eingehen, ein Testament machen oder daraus erwerben, einen Contract schließen könne, ob er veräußern dürfe, überhaupt Dispositionsfähigkeit habe,[1] nach den

---

1. Dieß gilt natürlich auch von der Prodigalitätserklärung, welche im Auslande erfolgt ist. Dagegen würde die Dispositionsunfähigkeit eines Gemeinschuldners, nach unserem Dafürhalten, blos auf das Vermögen zu beschränken sein, welches er in dem Lande besitzt, in welchem das Creditwesen eröffnet worden ist, weil der Nahrungsabfall und der Concurs keine persönliche Eigenschaft begründen. (Man vergl. jedoch Annalen N. F. Bd. 3, S. 525.)

Gesetzen des Landes, dessen Unterthan er ist, zu entscheiden. Indessen erleidet dieser Grundsatz Ausnahmen in den Fällen, in welchen die Vorschriften der §§ 8. 19 eintreten. Ein unter den zuletzt genannten § zu subsumirender Fall würde z. B. nachstehender sein. Durch die Bestimmung in § 1590 „Personen, welche eine Ehe geschlossen haben, können vor Beendigung derselben keine anderweite Ehe eingehen", ist in Uebereinstimmung mit den Gesetzen aller christlichen Staaten die Polygamie verboten, während die Rechte der nicht christlichen Völker des Orients dieselbe zulassen. Ein Türke kann sich daher während seines Aufenthalts in Sachsen keine zweite Frau nehmen und sollte er etwa mehrere Frauen mitbringen, so würde nur die erste Ehe als gültig anerkannt werden können.

Mit einigen Worten ist noch der juristischen Personen zu gedenken. Die gewöhnliche Meinung geht dahin, daß von diesen dasselbe gelte, wie von physischen Personen.[1] Dieß ist zwar in so weit ganz richtig, als im Ergebnisse jene ganz so zu beurtheilen sind, wie diese, aber die Verhältnisse gestalten sich doch bei beiden verschieden. Von einer Staatsangehörigkeit der juristischen Personen läßt sich nämlich gar nicht reden, vielmehr hängt deren Existenz lediglich von der Anerkennung des Staates ab. Für die Frage, ob eine juristische Person überhaupt existire und in welchem Umfange sie das Recht der Persönlichkeit habe, sind daher die Gesetze des Staates maßgebend, in dem sie entstanden ist. Insbesondere gilt dies von den Formen ihrer Entstehung, z. B. ob öffentliche Bekanntmachung nöthig sei, ob es der Genehmigung des Staates bedürfe, und von der Art und Weise ihrer Vertretung in und außerhalb des Gerichts.

Die Frage, ob eine ausländische juristische Person dieselben Begünstigungen genieße, wie eine inländische, hat nach dem Gesetzbuch zum größten Theile ihre frühere Bedeutung verloren. Da nämlich die Begünstigungen, welche juristische Personen, z. B. in Beziehung auf die Ersitzung und Verjährung, ingleichen auf die Erwerbung durch Testament und auf die Befreiung von dem Abzuge der Falcidischen Quart hatten, ferner das beneficium restitutionis in integrum und die stillschweigenden Hypotheken in dem Gesetzbuche nicht anerkannt worden sind, so bleibt im Wesentlichen[2] blos der gesetzliche Rechtsgrund zur Erwerbung einer Hypothek übrig, welcher nach § 393 des B. G.-B. dem Staate, den Kirchen, ingleichen den mit juristischer Persönlichkeit versehenen Vermögensmassen, deren Mittel für öffentliche Unterrichtsanstalten, Stipendien, öffentliche Versorgungs-, Unterstützungs-, Heil-, Straf- und Besserungsanstalten bestimmt sind, an den Grundstücken ihrer Vermögens- und Cassenverwalter zukommt. In dieser Hinsicht galt schon bisher die Meinung, daß dieser gesetzliche Rechtsgrund zur Erwerbung der Hypothek zwar blos dem inländischen, nicht einem ausländischen Fiscus, den Kirchen und milden Stiftungen aber ohne Unterschied, ob sie inländische oder ausländische sind, zustehe und hieran ist durch das Gesetzbuch Etwas nicht geändert worden. Im umgekehrten Falle, wenn juristische Personen im Auslande Begünstigungen genießen, welche ihnen das inländische Recht nicht zuerkennt, versteht es sich von selbst, daß dergleichen Begünstigungen im Inlande nicht geltend gemacht werden können, vorausgesetzt, daß es sich nicht etwa um ein Recht handelt, welches bereits im Auslande ein concretes geworden ist, weil in diesem Falle das Recht auch im Inlande anerkannt werden müßte.

In wie weit im Auslande begründete persönliche Vorzugsrechte im Inlande in An-

---

1. Vergl. Günther in Weiske's Rechtslexicon sub voce „Gesetz" Bd. 4, S. 729.

2. Wie es sich in dieser Beziehung mit dem sog. privilegium exigendi in Concursen verhält, gehört nicht hierher, sondern in den Concursproceß. Das gesetzliche Erbrecht, von welchem in §§ 2057—2060 in Verbindung mit § 2017 gehandelt wird, hat seinen Grund in besonderen Rücksichten auf die inländischen öffentlichen Anstalten und kann daher von ausländischen Anstalten unter keinen Verhältnissen in Anspruch genommen werden.

spruch genommen werden können, und wie die particularrechtlichen Unterschiede der Rechts- und Handlungsfähigkeit nach Religion und Confession bei einem Conflicte der Gesetzgebungen zu beurtheilen sind, wird, soweit diese Gegenstände überhaupt in das Privatrecht gehören, zu § 51 des B. G.-B. angegeben werden.

---

§ 8. Die Handlungsfähigkeit eines Ausländers wird nach den Gesetzen des Inlandes beurtheilt, wenn eine Verpflichtung desselben aus einer im Inlande vorgenommenen Handlung in Frage ist.

Motive. Die Vorschrift in diesem §: „die Handlungsfähigkeit eines Ausländers wird nach den Gesetzen des Inlandes beurtheilt, wenn eine Verpflichtung desselben aus einer im Inlande vorgenommenen Handlung in Frage ist“, macht von dem § 7 eine Ausnahme, welche theils durch ihre Zweckmäßigkeit an sich, theils durch ihre Uebereinstimmung mit dem Schlußsatze des Art. 84 der allg. D. W.-O. gerechtfertigt wird.

Dieser § enthält, wie bereits in den vorstehenden speciellen Motiven gesagt ist, eine dem Art. 84 [1] (zweiter Satz) der allg. D. W.-O. nachgebildete Vorschrift. Allerdings hat der Art. 84 der allg. D. W.-O. seiner ursprünglichen Bestimmung nach eine ganz andere Bedeutung, als ihm später beigelegt wurde. Bei der Schlußberathung der Art. 84—86 wurde nämlich nach Inhalt des Leipziger Conferenz-Protocolles vom 8. Dec. 1847, Nr. XXXIV, [2] für wünschenswerth erklärt, „daß die Ausdrücke Inland und

---

1. Sehr interessant sind die auf den Art. 84 der allg. D. W.-O. bezüglichen Verhandlungen der Leipziger Wechselconferenz (Protocolle der Leipziger Conferenz, Hirschfeldsche Ausgabe, S. 144 folg., S. 242). Für den Artikel wurden, außer einigen allgemeinen Gründen, z. B. der darin aufgestellte Satz entspreche der Praxis außerdeutscher Staaten, namentlich Frankreichs und Englands, folgende speciell geltend gemacht: derselbe sei mit Hinsicht auf den jetzigen Stand der Verkehrsverhältnisse, welche sehr oft Einkäufer aus dem fernen Ausland nach Deutschland, namentlich auf deutsche Meßplätze führen, nicht blos wünschenswerth, sondern sogat unbedingt nöthig; im Wechsel- und Handelsverkehr sei die Regel des Civilrechts, quisque guarus esse debet conditionis ejus, cum quo contraxit, ohne Störung des Verkehrs nicht anwendbar; Derjenige, welcher im Inlande contrahire, unterwerfe sich den inländischen Gesetzen als subditus temporarius; die Wechselfähigkeit sei nach der W.-O. Regel, nicht mehr, wie früher gewöhnlich, Ausnahme oder Privilegium, trete aber im Auslande der umgekehrte Fall ein, so habe man keine Verbindlichkeit, die Privilegien der Fremden in Beziehung auf Handlungen, welche dieselben im Inlande vornehmen, anzuerkennen. Gegen den Art. 84 wurde angeführt: die Wechselfähigkeit müsse, als eine persönliche Eigenschaft, nothwendig nach den Gesetzen des Staates, welchem der Wechselverpflichtete angehöre, beurtheilt werden, wie dieß auch in den mit §§ 4. 34 des Oesterr. B. G.-B. übereinstimmenden §§ 10. 11 des Oesterr. Entwurfs einer Wechselordnung geschehe; der im Art. 84 aufgestellte Grundsatz greife in das internationale Recht ein, er gestalte einen Ausländer temporär in einen Inländer um und werde zu diplomatischen Reclamationen, zur Unvollstreckbarkeit der gefällten Urtel in andern Staaten, zu unangenehmen Retorsionsmaßregeln führen; es gelte auch im Wechselrecht der Grundsatz, jura sunt vigilantibus scripta; übrigens sei für die Fälle, in welchen ein Nichtwechselfähiger wissentlich und in betrügerischer Absicht einen Wechsel ausstelle, durch die Bestimmungen des Civilrechts gesorgt. Bei der Abstimmung wurde schließlich der Art. 84 mit 10 Stimmen angenommen.

2. Hirschfeldsche Ausgabe S. 242.

Ausland von den Regierungen der einzelnen Staaten bei Verkündung der Wechselordnung näher bestimmt werden möchten". Dem kamen auch einige Regierungen, nämlich Baden,[1] Bayern,[2] Sachsen[3] und Weimar[4] durch einen dahin gehenden Ausspruch nach, daß unter dem Ausdruck „Ausland" alle jene Länder und Orte zu verstehen seien, in welchen die allg. D. W.-O. nicht als Gesetz eingeführt sei. Allein da die sämmtlichen übrigen Staaten keine gleiche Bestimmung trafen, so wurde die auf möglichste Gleichheit des Rechts in sämmtlichen deutschen Bundesstaaten gerichtete gute Absicht jener Regierungen vereitelt, weil sie mit ihren im Interesse der Gesammtheit der deutschen Bundesstaaten erlassenen Einführungsgesetzen vereinzelt blieben. Hierzu kam noch, daß von keiner Seite etwas geschah, um die ganz verschiedenen Gestaltungen zu verhüten, welche der Begriff der Wechselfähigkeit bei Anwendung des auf die verschiedenen Particularrechte verweisenden Art. 1 der allg. D. W.-O. „Wechselfähig ist Jeder, welcher sich durch Verträge verpflichten kann", in den einzelnen Bundesstaaten annehmen mußte.[5] Alles dieß führte dahin, daß wenigstens in Sachsen der § 2 des Einführungsgesetzes bei Beurtheilung der Wechselfähigkeit der Unterthanen anderer deutschen Staaten nie in Anwendung kam, vielmehr die Ausdrücke Inland und Ausland in ihrer gewöhnlichen Bedeutung, wonach Inland das Königr. Sachsen und Ausland jeder Staat außer dem Königr. Sachsen ist, gebraucht und den Entscheidungen zu Grunde gelegt wurden.[6] Gegen die ursprüngliche Absicht erhielt hiernach der Art. 84 der allg. D. W.-O. in Sachsen erst durch die Praxis eine Auslegung, welche in ihrem Resultate mit Dem übereinstimmt, was der § 8 des B. G.-B. mit ausdrücklichen Worten enthält.

Der § 8 des B. G.-B. und der Art. 84 (zweiter Satz) der allg. D. W.-O. stimmen der Sache nach mit einander überein. Indessen ist in ersterem bestimmter, als in letzterem, ausgedrückt, daß die Handlungsfähigkeit des Ausländers nach den Gesetzen des Inlandes beurtheilt wird, wenn eine Verpflichtung desselben aus einer Handlung in Frage ist, welche er im Inlande vorgenommen hat. Hiernach kommt es darauf an, ob die verpflichtende Handlung im Inlande vorgenommen worden ist, nicht aber darauf, ob, wie der Art. 84 der allg. D. W.-O. auch erklärt werden kann, die Verbindlichkeit im Inlande erfüllt werden soll. Zwischen beiden Sätzen ist ein großer Unterschied. Hätte z. B. ein Preuß. Unterthan, welcher zwar das einundzwanzigste Lebensjahr, aber noch nicht das vierundzwanzigste erfüllt hat, in Preußen einen Vertrag geschlossen, ver-

1. Einführungsgesetz v. 19. Febr. 1849, § 6.

2. Einführungsgesetz v. 25. Juli 1850, Art. 7.

3. Einführungsgesetz v. 25. April 1849, § 2.

4. Einführungsgesetz v. 9. Dec. 1848, 13. Juli 1849, § 1.

5. Wie verschieden sich der Begriff der Wechselfähigkeit in den einzelnen Staaten gestaltet, ergiebt sich aus dem von Borchardt a. a. O., zu Art. 1, S. 3, Bemerkten.

6. Vergleiche z. B. die Erkenntnisse des Königl. Ob.-App.-G. Dresden v. 13. Juli 1854, Wochenbl. f. m. Rechtsf. v. J. 1854, S. 378, v. 28. April 1859, Z. f. R. u. V., Bd. 19, S. 57. Dagegen hat das geh. Obertribunal zu Berlin in einem Erkenntnisse v. 4. März 1858 (Arch. f. D. Wechselrecht, Bd. 9, S. 90 folg.) sich dahin ausgesprochen, daß, obwohl das Preuß. Einführungsgesetz v. 15. Febr. 1850 eine gleiche oder ähnliche Vorschrift, wie die Einführungsgesetze Badens, Bayerns, Sachsens und Weimars nicht enthalte, doch auch nach Preuß. Rechte unter dem im Art. 84 der allg. D. W.-O. gebrauchten Ausdruck „Ausland" nur diejenigen Länder und Orte zu verstehen seien, in welchen die Wechselordnung nicht Gesetzeskraft erhalten habe. Es soll dieß folgen aus dem Zwecke eines den deutschen Staaten gemeinsamen Wechselgesetzes, aus der gleichmäßigen Einführung der Wechselordnung in den meisten Bundesstaaten und aus der inneren Nothwendigkeit einer gleichmäßigen Regelung des Wechselverkehrs.

möge dessen er sich zu Bezahlung einer Geldsumme in Sachsen verbindlich gemacht hätte, so würde, wenn die Klage vor einem Sächs. Gerichte anhängig gemacht würde, der Vertrag nach dem § 8 des B. G.-B. für nichtig zu achten sein, während er für gültig anzusehen wäre, wenn man das entscheidende Gewicht auf den Erfüllungsort legte. Umgekehrt würde, wenn derselbe Preuße durch einen in Sachsen geschlossenen Vertrag sich zur Zahlung in Preußen verbindlich gemacht hätte, der Contract vor einem Sächs. Gerichte nach dem § 8 des B. G.-B. für gültig erklärt werden müssen, während er für nichtig zu halten wäre, wenn der Erfüllungsort maßgebend wäre. Der Grund, warum das Gesetzbuch den Ort, an welchem die verpflichtende Handlung vorgenommen worden ist, für entscheidend erklärt hat, liegt darin, daß den Inländer, wenn er im Inlande mit einem Ausländer contrahirt, nicht um deßwillen ein Vorwurf treffen kann, weil er sich um die ausländischen Gesetze nicht bekümmert hat; während dieser Vorwurf allerdings gegründet ist, wenn er mit einem Ausländer im Auslande contrahirt. Uebrigens ist es gleich, ob Derjenige, welcher im Inlande ein Rechtsgeschäft mit einem Ausländer schließt, ein Inländer oder ebenfalls ein Ausländer ist, vorausgesetzt natürlich, daß das Rechtsgeschäft bei einem Sächs. Gericht zur Entscheidung kommt.

Der Einwand, daß bei Anwendung des im § 8 aufgestellten Grundsatzes Urtheile gegeben werden könnten, deren Vollstreckung im Auslande verweigert werden möchte, ist in keiner Weise gegründet. In so weit der Ausländer im Inlande Vermögen besitzt, wird die Hülfe in dieses vollstreckt werden können. Besitzt dagegen der Ausländer nicht im Inlande, wohl aber im Auslande Vermögen, so werden, vorausgesetzt, daß das forum in Ordnung ist, Staaten, mit welchen Sachsen Conventionen über die Leistung der gegenseitigen Rechtshülfe geschlossen hat, den Requisitionen wegen Vollstreckung der Hülfe zu fügen, sich nicht entbrechen können. Anderen Staaten gegenüber steht es mit den auf den § 8 gestützten Entscheidungen ganz ebenso, wie mit allen andern Entscheidungen.

Man hat behauptet, die Anwendung der Vorschrift in § 8 könne zu Retorsionsmaßregeln von Seiten anderer Staaten führen. Indessen ist dieß ebenfalls nicht zu besorgen, weil es sich hier nicht um einen Grundsatz handelt, durch welchen die Ausländer im Verhältniß zu den Inländern schlechter gestellt, sondern im Gegentheil um einen Grundsatz, durch welchen sie den Inländern gleich gestellt werden.

Allerdings läßt sich nicht in Abrede stellen, daß ein praktisches Bedürfniß einer solchen Bestimmung, wie sie der § 8 enthält, zunächst blos bei den Geschäften des täglichen Verkehrs besteht. Allein dieses Bedürfniß ist nicht bei diesen ausschließlich vorhanden. Indessen auch abgesehen hiervon, so läßt sich die Grenze zwischen Geschäften des täglichen Verkehrs und andern Rechtsgeschäften nicht feststellen, und es würde, wenn man diesem Unterschiede einen rechtlichen Einfluß zugestehen wollte, Alles auf der Beurtheilung des concreten Falles beruhen, für die es an durchgreifenden Normen fehlen würde.

Die praktische Bedeutung des § 8 braucht nicht ausführlich aus einander gesetzt zu werden. Nur nachstehende Beispiele mögen hier ihren Platz finden. Wenn eine unverheirathete Frauensperson, welche Unterthanin eines Staates ist, in dem die Geschlechtsvormundschaft gilt, während ihres Aufenthaltes in Sachsen ein Rechtsgeschäft ohne Geschlechtsvormund schließt, so ist das Rechtsgeschäft von den Sächs. Gerichten als gültig zu behandeln. Wenn ein Unterthan eines Staates, in welchem der Volljährigkeitstermin auf das vierundzwanzigste oder fünfundzwanzigste Lebensjahr gesetzt ist, in Sachsen einen Vertrag schließt, so wird derselbe, sofern er nur das einundzwanzigste Lebensjahr zur Zeit des Vertragsschlusses erfüllt gehabt hat, von den Sächs. Gerichten als handlungsfähig und der Vertrag als gültig angesehen werden. Wenn eine Frauens-

person, welche Unterthanin eines Staates ist, in dem noch das römische Recht des Senatusconsultum Vellejanum gilt, während ihres Aufenthaltes in Sachsen intercedirt, so gilt die Intercession, obschon dieselbe nach den Gesetzen des Staates, dem die Frauensperson angehört, nicht gelten würde. Wenn ein filius-familias, welcher Unterthan eines Staates ist, in dem das Senatusconsultum Macedonianum noch anwendbar ist, während seines Aufenthalts in Sachsen ein Darlehn aufnimmt, so wird er, vorausgesetzt, daß er das Darlehn zu einer Zeit aufnimmt, wo das B. G.-B. in Kraft getreten ist, von der exceptio Senatusconsulti Macedoniani in Sachsen keinen Gebrauch machen können. Wenn ein Ausländer, welcher in seinem Vaterlande für einen Verschwender erklärt worden ist, in Sachsen Contracte schließt, so werden die Contracte in Sachsen als gültig anzuerkennen sein.

---

§ 9. Die bei Rechtsgeschäften zu beobachtende Form richtet sich nach den Gesetzen des Ortes, wo dieselben vorgenommen werden. Es genügt jedoch die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an welchem das Geschäft in Wirksamkeit treten soll.

Die Vorschrift, daß die bei Rechtsgeschäften zu beobachtende Form sich nach den Gesetzen des Ortes richtet, wo dieselben vorgenommen werden, entspricht dem allgemeinen Principe, daß juristische Thatsachen nach den Gesetzen zu beurtheilen sind, unter welchen sie entstanden sind. Auch herrscht hierüber allgemeines Einverständniß der Rechtslehrer, indem der Satz, locus regit actum, soweit es auf die Form der Rechtsgeschäfte ankommt, in der Regel nicht bestritten wird.[1]

Unter den Rechtsgeschäften sind sowohl Verträge, als auch Testamente und Erbverträge zu verstehen. Ein formlos geschlossener Vertrag ist, wenn er an einem Orte geschlossen worden, an welchem keine besondere Form für dessen Abschluß gesetzlich besteht, auch in einem Staate, dessen Gesetze eine besondere Form erfordern, als formell gültig zu betrachten. Ein Testament, welches in der am Orte seiner Errichtung bestehenden Form abgefaßt worden ist, gilt als formell richtig auch in einem Staate, in welchem andere Formen für die Testamentserrichtung bestehen. Ein Erbvertrag, welcher der am Orte seiner Errichtung geltenden Form entspricht, wird auch in Sachsen, ungeachtet der Vorschrift in § 2546 des B. G.-B., als formell gültig anzuerkennen sein.

Als Form, welche bei einem Rechtsgeschäft beobachtet worden sein muß, aber auch genügt, wenn sie beobachtet worden ist, gilt nicht blos die Form im Allgemeinen, z. B. ob das Rechtsgeschäft gerichtlich zu errichten ist, oder nicht, ob es dazu der Zuziehung von Zeugen oder der Abfassung einer Urkunde bedarf, oder nicht, sondern auch die besondere Beschaffenheit der Form, z. B. worin die gerichtliche Bestätigung besteht, wie viel Zeugen nöthig und welche Personen als Zeugen zuläßig sind, ob es der Unterschrift der Urkunde mit vollem Vornamen und Familiennamen oder der Untersiegelung bedarf u. s. w. Bestehen am Orte der Errichtung des Rechtsgeschäfts dergleichen besondere Vorschriften für die Form, so müssen sie beobachtet worden sein, wenn das Rechtsgeschäft

---

1. Die allg. D. W.-O., Art. 85, enthält folgende hierher gehörige Bestimmung: „Die wesentlichen Erfordernisse einer im Auslande ausgestellten Wechselerklärung werden nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt, an welchem die Erklärung erfolgt ist". Diese Fassung ist in so fern ungenügend, als sie zwischen den formellen und materiellen Erfordernissen des Wechsels nicht unterscheidet, was die Folge gehabt, daß sich über die Anwendung des Art. 85 bis jetzt noch keine bestimmte Praxis gebildet hat (man vergl. Borchardt a. a. O., S. 238 folg.).

in einem andern Staate als formell gültig anzusehen sein soll. Insbesondere werden in dieser Beziehung die Testamente in Betracht kommen, weil dieselben wohl in allen Ländern an eine gewisse Form gebunden sind. Giebt es in einem Lande privilegirte Testamente, so wird ein solches Testament auch in einem andern Staate als formell gültig anzuerkennen sein.

Die Frage, ob, wenn bei einem Rechtsgeschäft die am Orte seiner Errichtung bestehende Form gar nicht oder nicht vollständig beobachtet worden ist, dasselbe in einem Staate als gültig zu betrachten sei, in welchem für die fragliche Art von Rechtsgeschäften entweder gar keine Form oder die gerade beobachtete besteht, ist, soweit nicht etwa die im zweiten Satze des gegenwärtigen § gedachte Ausnahme eintritt, zu verneinen, weil darin eine Ausdehnung der inländischen Gesetze auf ein unter der Herrschaft der ausländischen Gesetze entstandenes Rechtsverhältniß läge, die Frage wegen der Rechtsbeständigkeit eines Geschäfts von dem Zufall, wo dieselbe zur Entscheidung käme, abhängig gemacht, und in der Regel gegen die Absicht der Betheiligten, welche muthmaßlich die Form unterlassen haben, weil sie das Geschäft nicht zum Abschlusse haben bringen wollen, verstoßen werden würde.

Von der Regel, daß die Form der Rechtsgeschäfte nach den Gesetzen des Ortes ihrer Errichtung zu beurtheilen ist, giebt es zwei Ausnahmen. Die erste Ausnahme, welche im § 9 nicht besonders erwähnt wird, aber in der allgemeinen Vorschrift in § 19 liegt, ist die, wenn im Inlande eine bestimmte Form in der Weise vorgeschrieben ist, daß ein Rechtsgeschäft, welches dieser nicht entspricht, nichtig sein soll; z. B. die Form der Käufe von in Sachsen gelegenen Grundstücken und diesen gleichstehenden Berechtigungen in § 822 des B. G.-B. Aus einem Kaufe, welcher im Auslande, ohne die in § 822 des B. G.-B. angegebenen Form, geschlossen worden wäre, würde in Sachsen auf Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke oder einer Berechtigung, die ein Folium im Grundbuche hat, nicht geklagt werden können. Da aus einem über ein ausländisches Grundstück geschlossenen Vertrage nicht in Sachsen auf Uebertragung des Eigenthums an dem ausländischen Grundstücke geklagt werden kann, so ist der Fall, daß der Sächsische Richter über die formelle Gültigkeit eines über ein ausländisches Grundstück geschlossenen Vertrages zu erkennen hat, nur denkbar, wenn nicht auf Naturalerfüllung, sondern blos auf das Interesse geklagt wird. Die zweite Ausnahme ist die in § 9 erwähnte, wenn in Beziehung auf die äußere Form die Gesetze des Ortes beobachtet worden sind, an welchem das Geschäft in Wirksamkeit treten soll.[1] Vorerst ist darauf aufmerksam zu machen, daß der Ausdruck „in Wirksamkeit treten sollen", gebraucht worden ist, weil es sich dabei nicht blos um Verträge, welche erfüllt werden, sondern auch um Testamente und Erbverträge handelt, welche mit dem Tode des Erblassers in Kraft treten. Indessen soll sich die Ausnahme in ihrer Anwendung auf Verträge nicht ohne Weiteres auf alle Fälle, in welchen die Erfüllung eines Vertrages im Auslande versprochen wird, beziehen, sondern auf die Fälle beschränken, in welchen die Beschaffenheit der Leistung die Erfüllung im Auslande bedingt, oder der Vertrag im Auslande zur Wirksamkeit gelangen soll, z. B. wenn ein Kauf über im Auslande liegende Gegenstände, ein Pacht- oder Miethvertrag

1. Eine ähnliche Ausnahme macht die allg. D. W.-O. Art. 85 „Entsprechen jedoch die im Auslande geschehenen Wechselerklärungen den Anforderungen des inländischen Gesetzes, so kann daraus, daß sie nach ausländischen Gesetzen mangelhaft sind, kein Einwand gegen die Rechtsverbindlichkeit der im Inlande auf den Wechsel gesetzten Erklärungen entnommen werden. Eben so haben Wechselerklärungen, wodurch sich ein Inländer einem andern Inländer im Auslande verpflichtet, Wechselkraft, wenn sie nur den Anforderungen der inländischen Gesetzgebung entsprechen".

über ein im Auslande befindliches Grundstück geschlossen wird. Ueberhaupt hat durch diese Ausnahme nur einem wirklich vorhandenen praktischen Bedürfnisse genügt werden sollen. Beispielsweise würde die Ausnahme eintreten, wenn an einem Orte, wo die Veräußerungsverträge über Grundstücke an besondere Formen gebunden sind, ein Kauf über ein in Sachsen liegendes Grundstück nicht in der vielleicht strengern Form des Vertragsortes, aber in der im § 822 des B. G.-B. vorgeschriebenen Form, oder wenn an einem Orte, wo Miethverträge eine Form haben, ein Miethvertrag über ein Meßlocal in Leipzig ohne Form geschlossen, oder wenn von einem Sächs. Unterthan während seines vorübergehenden Aufenthalts im Auslande ein Testament nicht in den Formen des Errichtungsortes, wohl aber in den in Sachsen vorgeschriebenen gesetzlichen Formen errichtet worden wäre. Dagegen würde z. B. in Sachsen ein Testament nicht für gültig angesehen werden können, welches ein Ausländer in Sachsen nach den Formen seines Vaterlandes errichtet hätte, dessen Form jedoch der in Sachsen bestehenden gesetzlichen nicht entspräche. Noch weit weniger ist aus der Ausnahme in § 9 zu folgern, daß, wenn ein Rechtsgeschäft in Sachsen nicht in der hier bestehenden gesetzlichen Form, wohl aber in der Form des Ortes, wo dasselbe in Wirksamkeit treten soll, geschlossen worden wäre, dasselbe im Auslande als gültig geschlossen zu betrachten sei.

---

§ 10. Die Rechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen, ingleichen der Besitz derselben, werden nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt, wo die Sachen liegen.

Sachen, bewegliche und unbewegliche, können sowohl als einzelne Vermögensgegenstände, als auch als Bestandtheile eines ganzen Vermögens Objecte der Rechtsverhältnisse sein. In letzterer Beziehung gilt bei ihnen nichts Besonderes, vielmehr fallen sie unter die allgemeinen Regeln in §§ 8. 9. 11. 17 über die Rechts- und Handlungsfähigkeit, über die Rechtsgeschäfte und die Erbfolge. Nur wenn nach dem Particularrechte eines Staates einzelne Arten von Sachen in der Weise von dem ganzen Vermögen ausgeschlossen sind, daß die rechtlichen Verfügungen darüber lediglich nach dem Rechte des Ortes, wo sie liegen, beurtheilt werden sollen, sind Verfügungen, welche im Auslande über das ganze Vermögen getroffen werden, nicht auf diese Arten von Sachen zu beziehen, die letzteren vielmehr lediglich nach der lex rei sitae zu beurtheilen, z. B. wenn in einem Lande über die Succession in Grundstücke besondere gesetzliche Bestimmungen gelten.[1] In ersterer Beziehung dagegen kommt das Recht zur Anwendung, welches in dem Lande gilt, in dessen Gebiete die Sachen gelegen sind. Denn die Gesetze, welche die Rechte an Sachen und den Besitz derselben betreffen, gelten für alle im Inlande gelegene Sachen, ohne Unterschied, ob der Eigenthümer oder Berechtigte oder Besitzer ein Inländer oder Ausländer ist.

Die Frage, ob sich der angegebene Grundsatz eben sowohl auf die beweglichen wie auf die unbeweglichen Sachen beziehe, gehört zu den bestrittenen. In der Theorie und

---

1. Häufig werden hierher auch die Fälle gerechnet, wenn nach dem Rechte der gelegenen Sache Eigenthum an Grundstücken im Falle einer Vererbung nur durch Lehnsreichung oder Eintragung in das Grundbuch erworben wird, während nach dem Rechte des Ortes des Erbschaftsanfalles das Eigenthum an Grundstücken durch den bloßen Erbschaftsantritt erworben wird, oder nach dem letzteren Rechte Hypotheken durch bloße Vermächtnisse entstehen, nach dem ersteren Rechte aber Eintragung in das Hypothekenbuch erforderlich ist. Diese Fälle gehören aber nicht in diese, sondern in die folgende Kategorie.

eben so in den neueren Gesetzgebungen stehen sich zwei Meinungen entgegen. Nach der einen soll auch für bewegliche Sachen das Recht des Ortes gelten, wo die Sachen liegen. Nach der andern sollen die beweglichen Sachen dem Rechte des Wohnsitzes des Eigenthümers oder Besitzers unterworfen sein, es soll der Satz, mobilia ossibus inhaerent gelten. Das B. G.-B. hat sich für die erste Meinung entschieden, welche nicht blos als die allgemein angenommene gilt, sondern auch auf dem natürlichen Zusammenhange der Sache mit dem Rechte beruht, welches auf die Sache einwirkt, deren rechtliches Verhältniß bestimmt und gegen Verletzungen derselben schützen soll. Uebrigens wird durch den Ausdruck „liegen" hinreichend bestimmt angegeben, daß bei beweglichen Sachen nicht unter allen Umständen das Recht des Ortes, wo sie sich augenblicklich befinden, maßgebend ist, sondern dieselben an diesen Ort von dem Eigenthümer oder Besitzer in der Absicht gebracht sein müssen, daß sie daselbst dauernd bleiben sollen.[1] Denn es giebt allerdings Fälle, in welchen nicht der augenblickliche Aufenthaltsort, sondern der Wohnsitz des Eigenthümers oder Besitzers, welcher diese zerstreuten Sachen gleichsam an sich zieht, wenigstens in manchen Richtungen maßgebend sein kann, z. B. wenn Waaren auf der Post oder Eisenbahn blos durch Sachsen durchgehen oder ein Ausländer, welcher durch Sachsen reist, Sachen bei sich führt u. s. w. Indessen würde es eine zu große Casuistik enthalten, wenn man auf die in dieser Hinsicht denkbaren Fälle, bei welchen es lediglich auf die in ihrer concreten Gestaltung nicht zu erschöpfenden speciellen Umstände ankommt, eingehen wollte.

In Gemäßheit der Vorschrift des § 10 sind Sachen, bewegliche und unbewegliche, nach den Gesetzen des Ortes, wo die Sachen liegen, beispielsweise zu beurtheilen, soweit es sich handelt,

A) um die Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche Sachen (§§ 59. 60 des B. G.-B.), um die Frage, welche Sachen im Verkehr oder außer Verkehr stehen, ingleichen welche Wirkungen den Veräußerungsverboten zukommen (§§ 223. 224 des B. G.-B.),[2]

B) um den Besitz an Sachen, insbesondere dessen Natur (§§ 186—192 des B. G.-B.), dessen Erwerbung (193—204 des B. G.-B.), dessen Verlust (§§ 211—216 des B. G.-B.), dessen Schutz durch Besitzklagen (205—210 des B. G.-B.),

C) um das Eigenthum und den zur actio publiciana in rem berechtigenden Besitz, insbesondere um die Frage, ob Obereigenthum und nutzbares Eigenthum statt habe (§§ 226 des B. G.-B.), um die Erwerbung des Eigenthums durch Occupation (§§ 227—232 des B. G.-B.), durch Fruchterwerbung (§§ 244. 245 des B. G.-B.), durch Umarbeitung und Umbildung (§ 246 des B. G.-B.), durch Verbindung und Vermischung von Sachen (§§ 247—252 des B. G.-B.), durch Uebergabe (§§ 253 —256 des B. G.-B.), durch richterliche Entscheidung (§§ 257. 258 des B. G.-B.), durch Ersitzung (§§ 260—275 des B. G.-B.), durch Zuwachs (§§ 281—283 des B. G.-B.), durch Verbindung beweglicher Sachen mit unbeweglichen Sachen (§§ 284

1. In den oben angegebenen Conventionen lautet die hierher gehörige Bestimmung, „dingliche Rechte werden jedenfalls nach den Gesetzen des Ortes, wo die Sache belegen ist, beurtheilt oder geordnet". Doch beschränkt die Bad. Convention diesen Satz „auf Verträge, welche die Begründung eines dinglichen Rechts auf unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben".

2. Mitunter zählt man hierher auch die Rechtsverhältnisse in Bezug auf gefundene Sachen. Richtig ist blos so viel, daß in Ansehung dieser Sachen die Gesetze des Ortes, wo sie gefunden worden sind, zur Anwendung kommen; dieß folgt aber nicht aus dem hier in Frage stehenden Satze, sondern aus dem allgemeinen Principe, daß alle juristischen facta nach den Gesetzen des Ortes, wo sie geschehen, zu beurtheilen sind.

—287 des B. G.=B.), um Verlust des Eigenthums (§§ 288—294 des B. G.=B.), um die Vindication, deren Statthaftigkeit (§§ 295—297 des B. G.=B.), deren Gegenstand (§§ 303—311 des B. G.=B.), um die Negatorienklage (§§ 321—324 des B. G.=B.), die publiciana in rem actio (§§ 325—327 des B. G.=B.),

D) um das Pfandrecht, sowohl die Hypotheken, als auch das Faustpfand (§§ 369—465. 466—486 des B. G.=B.),

E) um die Reallasten (§§ 505—519 des B. G.=B.),

F) um die Dienstbarkeiten (Grunddienstbarkeiten und persönliche Dienstbarkeiten), deren Inhalt (§§ 520—555. 600—643 des B. G.=B.), den Rechtsbesitz bei denselben (§§ 556—562 des B. G.=B.), die Confessorienklage (§§ 563—566 des B. G.=B.), die Erwerbung der Dienstbarkeiten (§§ 567—589. 644—648 des B. G.=B.), deren Verlust (§§ 590—599. 649—659 des B. G.=B.).

Aus der vorstehenden blos exemplicativen Aufführung der rechtlichen Verhältnisse, auf welche der in § 10 aufgestellte Grundsatz Einfluß hat, ergiebt sich dessen große Wichtigkeit, und es ist nicht nöthig, einzelne Modificationen, in welchen dasselbe praktisch anwendbar ist, anzugeben. Indessen mag, zu Vermeidung jeden Mißverständnisses, noch die Bemerkung beigefügt werden, daß das dem vorstehenden § zu Grunde liegende Princip, aus welchem die Exclusivität des forum rei sitae folgt, auch nicht durch ausdrückliche oder stillschweigende Prorogation geändert werden kann. Namentlich würde eine Klage, in welcher ein ausländisches Grundstück vindicirt würde, ex officio zurückzuweisen sein, weil der inländische Richter über ausländische Grundstücke keine Jurisdiction hat.

---

§ 11. Forderungen werden nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt, an welchem sie zu erfüllen sind.

Motive. In Beziehung auf die in diesem § erwähnten Forderungen bestehen drei Meinungen. Nach der einen Meinung soll der Ort, an welchem die Forderung entstanden ist — ubi quis contraxerit, ubi actum, ubi negotium gestum sit — entscheidend sein und demgemäß das an diesem Orte geltende Recht auf Inhalt und Wirkung der Obligation Anwendung finden. Nach der anderen Meinung ist das Recht des Ortes anwendbar, an welchem die Forderung nach der Absicht der Interessenten erfüllt werden soll. Nach der dritten Meinung ist weder blos auf den Entstehungsort, noch blos auf den ausdrücklich oder stillschweigend festgestellten Erfüllungsort zu sehen, sondern das Augenmerk vielmehr wesentlich auf die Ermittelung des örtlichen Rechtes zu richten, welches nach der muthmaßlichen Absicht der Interessenten habe wirksam sein sollen. Von diesen Meinungen hat das Gesetzbuch die zweite, welche auch schon bisher die recipirte war, angenommen. Von dem Erfüllungsorte der Forderungen wird übrigens §§ 721 bis 729 des Entwurfs (§§ 702—710 des B. G.=B.) gehandelt.

Die Vorschrift dieses § findet Anwendung, gleichviel, ob die Forderung durch Vertrag oder durch eine unerlaubte Handlung, oder durch Annahme einer Erbschaft aus einem Testamente oder Erbvertrage entstanden ist, überhaupt ohne Unterschied ihres Entstehungsgrundes. Nach ihr ist sowohl für die materiellen Bedingungen ihrer Gültigkeit, insbesondere auch für die Frage, ob die exceptio non numeratae pecuniae, die exceptio excussionis, die Rechte wegen laesio enormis, die ädilizischen Klagen statthaft sind, als auch für die Wirkungen der Forderungen, z. B. ob die Forderung klagbar, welcher Grad der culpa zu gewähren, ob eine Verjährung eingetreten, ob eine stillschweigende Pro=

longation anzunehmen, ob Verzug eingetreten sei und welche Folgen der Verzug habe, das Recht des Erfüllungsortes entscheidend. Dagegen sind die Fälle nicht hierher zu rechnen, in welchen es sich um die Auslegung eines Vertrags, insbesondere der dabei gebrauchten dunkeln Ausdrücke, handelt, weil hier die Aufgabe nur darin besteht, die wahre Absicht der Vertragschließenden nach den für die Auslegung überhaupt geltenden Grundsätzen in dem einzelnen Falle zu erforschen und festzustellen.

Die Bestimmung des gegenwärtigen § erleidet eine Ausnahme, wenn entweder am Entstehungsorte oder am Erfüllungsorte der Gültigkeit der Forderung ein absolutes Gesetz entgegensteht. Ist die Forderung am Orte ihrer Entstehung unbedingt verboten, z. B. die Forderung aus einem verbotenen Spiele, so kann, selbst wenn ein Erfüllungsort bestimmt worden ist, an welchem ein solches Verbot nicht besteht, die Forderung an diesem Orte nicht geltend gemacht werden, weil es hier auf die Frage ankommt, ob die Forderung entstanden sei und diese Frage nach dem Entstehungsorte zu beantworten ist. Wäre dagegen die Forderung am Entstehungsorte erlaubt, aber am Erfüllungsorte verboten, so würde der § 19 des B. G.-B. anwendbar sein.[1] Eine ähnliche Bewandtniß hat es mit den Zinsverboten, soweit dergleichen überhaupt noch bestehen.

Noch ist eine Frage zu berühren, welche in der Regel mit Stillschweigen übergangen wird, sei es weil man deren Entscheidung für unzweifelhaft hält, oder weil man sich dieselbe gar nicht zu stellen pflegt, nämlich die, welches Recht anzuwenden sei, wenn die Gesetze verschiedener Staaten über den Erfüllungsort selbst von einander abweichen. Dergleichen Abweichungen bestehen zwar nicht in Hinsicht auf den von den Vertragschließenden ausdrücklich vereinbarten, wohl aber in Hinsicht auf den muthmaßlichen Erfüllungsort. So bestimmt das Preuß. Landrecht (Th. 1, Tit. 5, §§ 247—251. 256. 257), daß der Ort der Erfüllung nach der Natur des Geschäfts und der deutlich zu erhellenden Absicht der Contrahenten zu ergänzen sei, in Ermangelung eines hieraus zu entnehmenden Anhaltspunkts aber die Ablieferung an dem Orte, wo der Berechtigte zur Zeit des Vertragsschlusses gewohnt habe, erfolgen müsse, bei blos wohlthätigen Verträgen aber die Erfüllung nur an dem Orte gefordert werden könne, wo der Verpflichtete sich aufhält, endlich für die Handlungen der Ort als entscheidend zu betrachten sei, wo der Verpflichtete zur Zeit des Vertragsschlusses gewohnt hat, wogegen bei der Frage über Maß und Gewicht, so wie über die Münzsorten der örtliche Gebrauch am Erfüllungsorte entscheide. Das Preußische Landrecht weicht also in Beziehung auf den Erfüllungsort von dem B. G.-B. § 762 folg. ab und eine von beiden verschiedene Vorschrift enthält das Oesterreichische Gesetzbuch § 905. In einem solchen Collisionsfalle kommt es nach unserm Dafürhalten auf das örtliche Recht der Entstehung der Forderung an. Denn es ist anzunehmen, daß die Contrahenten, wenn sie über den Erfüllungsort keine Vereinbarung treffen, das Recht als maßgebend betrachteten, unter dessen Herrschaft sie contrahirten.[2]

---

1. Einen nach diesem Satze beurtheilten Fall findet man in den Annalen N. F. Bd. 1, S. 408 folg.

2. Zweifel hat das Verhältniß des gegenwärtigen § des B. G.-B. zu der Bestimmung in den Conventionen, welche Sachsen mit Preußen und mehreren andern Staaten geschlossen hat, wonach „hinsichtlich der Gültigkeit der persönlichen Ansprüche in allen andern Fällen, als wo es auf die Form des Rechtsgeschäfts ankommt, die Gesetze des Staates entscheiden, wo die Forderung entstanden ist" (Art. 21, viertes Alinea, der Sächs.-Preuß. Convention). Man kann nämlich als Fragen, welche die Gültigkeit eines persönlichen Anspruchs betreffen, alle Fragen ansehen, welche auf die Gültigkeit des Anspruchs Einfluß haben, also insbesondere die Fragen, ob das Rechtsgeschäft erlaubt oder verboten sei, ob der Gegenstand außer Verkehr stehe oder nicht, ob die Forderung klagbar sei oder nicht. Man kann weiter ein Gewicht darauf legen, daß die angegebene

Endlich würde die Frage, ob im Inlande wegen einer Forderung geklagt werden könne, welche im Auslande entstanden und im Auslande zu erfüllen ist, nach unserm Dafürhalten zu bejahen sein, weil das forum personae mit dem forum obligationis stets concurrirt.

---

§ 12. Die Vorschriften in §§ 1551 bis 1553 und 1858 bis 1874 finden Anwendung, selbst wenn der außereheliche Beischlaf in einem Staate erfolgt ist, dessen Gesetzgebung die in diesen Vorschriften enthaltenen Rechte nicht anerkennt.

Motive. In diesem § ist die bekannte Streitfrage, ob, wenn aus einer außerehelichen Schwängerung, welche an einem Orte vorgekommen ist, wo die Gesetzgebung Ansprüche an den außerehelichen Schwängerer nicht gestattet, an einem Orte geklagt wird, wo die Gesetzgebung dergleichen Forderungen zuläßt, nach dem Gesetze des ersteren oder letzteren Ortes zu entscheiden sei, beantwortet worden.

Zu diesem § ist das zu § 21 der Publications-Verordnung Gesagte zu vergleichen. Die dort angegebene Analogie des Verhältnisses zwischen dem ehelichen Kinde und Vater tritt entweder gar nicht oder wenigstens in geringerem Grade hervor bei den Ansprüchen der Geschwängerten gegen den außerehelichen Schwängerer, auf welche die §§ 1551—1553 des B. G.-B. Bezug haben. Indessen ist bei diesen der allgemeine Grund maßgebend, daß die an den außerehelichen Beischlaf geknüpften Rechte ein sittliches Element haben, welches für den inländischen Richter maßgebend ist, ohne daß darauf etwas ankommt, ob dasselbe in andern Gesetzgebungen anerkannt wird oder nicht.

Die Rücksichten, welche in dem Falle bestimmend wirken, wo die verschiedenen Gesetzgebungen in Betreff der Ansprüche aus dem außerehelichen Beischlafe in der Weise von einander abweichen, daß die eine Gesetzgebung diese Ansprüche anerkennt, die andere sie gänzlich verwirft, treten auch in dem Falle ein, wo die Verschiedenheit der Gesetzgebung blos auf den Umfang der Ansprüche Bezug haben. In diesem letzteren Falle hat der Richter ebenfalls blos die inländischen Gesetze anzuwenden, ohne Unterschied, ob die örtliche Gesetzgebung des Staates, in dem die außereheliche Schwängerung erfolgt ist, für das Kind oder für die Geschwängerte günstigere oder ungünstigere Bestimmungen enthält.

---

§ 13. Eingehung und Auflösung der Ehe werden nach den Gesetzen des Staates beurtheilt, dessen Unterthan der Ehemann ist.

Bevor auf die Bestimmung dieses § eingegangen wird, sind einige Bemerkungen über die Form der Eingehung der Ehe vorauszuschicken. Das B. G.-B. kennt keine gesetzliche oder civile Form der Eheschließung, sondern enthält in § 1588 die Vorschrift,

---

Vorschrift unter den Vorschriften über das forum concursus steht, und hieraus die Folgerung ziehen, daß sie blos im Concurse gelte. Man kann aber auch geltend machen, daß dergleichen Conventionen sich ihrer Bestimmung nach blos auf den Gerichtsstand beziehen und auf das materielle Recht keinen Einfluß haben. Man kann endlich behaupten, daß, wenn die Conventionen von dem B. G.-B. abweichende Vorschriften enthalten, dieselben wenigstens auf die Staaten zu beschränken seien, mit welchen sie geschlossen worden sind. Für jede dieser Ansichten lassen sich Gründe angeben. Indessen braucht hierauf nicht weiter eingegangen zu werden, weil, welche Ansicht auch die richtige sein mag, die Conventionen nach § 6 dem B. G.-B. vorhergehen.

„daß die Ehe eingegangen wird durch die gegenseitige Erklärung der Einwilligung in die Ehe unter Beobachtung der Form, die den Grundsätzen der Kirchen- und Religionsgesellschaften entspricht, welchen die Ehegatten angehören". Hiernach setzen alle Rechtsverhältnisse, welche das B. G.-B. an eine gültige Ehe knüpft, eine kirchlich geschlossene Ehe voraus, was für die Beurtheilung der im Auslande geschlossenen Ehen dann von Einfluß ist, wenn die Ehegatten später die Staatsangehörigkeit in Sachsen erwerben. Hätte z. B. ein Christ eine Jüdin zu einer Zeit geheirathet, wo er Unterthan eines Staates war, dessen Gesetzgebung das in § 1617 des B. G.-B. ausgesprochene Verbot der Ehe zwischen Christen und Personen, welche sich nicht zur christlichen Religion bekennen, nicht enthält, sondern diese Ehe erlaubt, so würde diese Ehe, vorausgesetzt, daß sie in der kirchlichen Form geschlossen worden ist, in Sachsen als gültig anzuerkennen sein, wenn die Ehegatten später das Staatsbürgerrecht daselbst erworben hätten. Wenn dagegen in einem Staate, dessen Gesetzgebung die civilrechtlichen Wirkungen der Ehe an eine bürgerliche Form knüpft, eine Ehe in dieser Form, ohne Hinzutritt der kirchlichen, geschlossen worden wäre, so würde dieselbe, wenn die Ehegatten später das Unterthanenrecht in Sachsen erworben hätten, nicht für gültig zu betrachten sein. Denn die Sächs. Gesetzgebung sieht jede Geschlechtsverbindung, welcher die kirchliche Einsegnung fehlt, für zur Hervorbringung der mit der Ehe verbundenen Rechte ungeeignet an.[1]

Eine hiervon ganz verschiedene Frage ist die, ob, wenn Ehegatten, welche in civiler Ehe leben, nach ihrer Aufnahme in den Sächsischen Unterthanenverband Kinder erzeugen, diese Kinder nicht wenigstens der Rechte theilhaftig sind, die den sog. Brautkindern, oder den in putativer Ehe erzeugten Kindern zukommen, und ob die Ehegatten selbst nicht wenigstens vermöge der Vorschrift in § 2054 des B. G.-B. ein gegenseitiges Erbrecht haben. Diese Frage kann bejaht werden, ohne daß daraus die Gültigkeit der Ehe folgt. Sollte eine civile Ehe zwischen Sächsischen Unterthanen für gültig angesehen werden, so müßten gesetzliche Bestimmungen über deren Eingehung und Aufhebung vorhanden sein, aber hieran fehlt es und es kann daher eine solche im Auslande geschlossene Ehe nicht unter dem Sächsischen Rechte stehen. Zwar kann so viel zugegeben werden, daß das Zusammenleben der Ehegatten in dem vorausgesetzten Falle nicht als Concubinat zu betrachten und namentlich ein polizeiliches Einschreiten dagegen nicht gerechtfertigt sei. Allein in jedem Falle liegt es in dem Interesse der Betheiligten, zu Vermeidung der daraus nothwendig hervorgehenden Verwickelungen, für ihre civile Ehe noch die priesterliche Einsegnung zu suchen, ohne welche in Sachsen eine gültige Ehe nicht besteht.

Der vorliegende §, welcher die Voraussetzungen der Eingehung und Auflösung der Ehe, mit Ausnahme der so eben behandelten Form der Eheschließung, betrifft, erkennt die Gesetze des Staates, dessen Unterthan der Ehemann ist, für entscheidend an. Auf die Staatsangehörigkeit war hier aus nachstehenden Gründen Gewicht zu legen. Nach dem Gesetze über Erwerbung und Verlust des Unterthanenrechts im Königreich Sachsen, vom 2. Juli 1852 (G.- u. V.-Bl. S. 240 folg.), §§ 5. 22, erwirbt eine Ausländerin, die sich mit einem Sachsen verheirathet, von dem Zeitpunkte ihrer Verheirathung an, das Sächsische Unterthanenrecht und eben so verliert eine Sachsin, die sich mit einem Ausländer verheirathet, von dem Zeitpunkte der Vollziehung der Ehe an, das Sächsische Unterthanenrecht. Namentlich in ersterer Hinsicht erscheint die Ehe als eine für den Staat wichtige Verbindung und es liegt im öffentlichen Interesse, daß die Sächs.

1. Man hat gegen diesen Satz öfters geltend gemacht, daß derselbe in dem § 13 nicht ausgesprochen worden sei. Dieß ist nun zwar allerdings richtig, aber, trotz wiederholter sorgfältiger Prüfung, haben wir in der aufgestellten Schlußfolgerung einen logischen Fehler nicht aufzufinden vermocht.

Unterthanen bei Eingehung derselben die darüber im Inlande bestehenden Gesetze befolgen. Der Einfluß, welchen die Ehen der Unterthanen auf den Staat selbst haben, enthält den Grund für die Vorschrift in der Convention zwischen Sachsen und Baden,[1] Art. 2 (zweites Alinea), „daß Urtheile, welche in dem einen Staate über die Ehe eines Angehörigen des andern Staates ergehen, in diesem letzteren unvollstreckbar sein sollen".

Was von der Eingehung der Ehe gilt, gilt auch von der Ehescheidung. Wenn auf der einen Seite die Eingehung der Ehe, als die Begründung eines auf moralischen Fundamenten beruhenden Verhältnisses, die Fürsorge des Staates in Anspruch nimmt, so ist auf der andern Seite die Ehescheidung im öffentlichen Interesse zu überwachen, weil der Staat in seinen Grundlagen erschüttert werden müßte, wenn Ehen aus Gründen geschieden würden, welche dem moralischen Gefühle der Unterthanen widersprechen. Auch sind in Sachsen die Gesetze über die Eingehung und Auflösung der Ehe stets als solche angesehen worden, welchen die Sächsischen Unterthanen, selbst während ihres kürzeren oder längeren Aufenthalts im Auslande, unterworfen sind und wenn dieß vielleicht in Beziehung auf die Auflösung der Ehe praktisch weniger klar hervorgetreten sein sollte, so mag zum Beweise des Gesagten nur darauf aufmerksam gemacht werden, daß sogar schon vor dem Gesetze über die Erwerbung und den Verlust des Unterthanenrechts v. 2. Juli 1852 jede eherechtliche Competenz den Nachweis, daß der Ehemann Sächsischer Staatsangehöriger wäre, voraussetzte.[2]

In der Vorschrift des gegenwärtigen §, daß Eingehung und Auflösung der Ehe nach den Gesetzen des Staates zu beurtheilen sind, dessen Unterthan der Ehemann ist, liegt nicht blos so viel, daß die Ehe eines Sächs. Unterthans unter den Sächs. Gesetzen steht, sondern auch so viel, daß für die Ehe eines Ausländers die Gesetze des Staates, dessen Unterthan er ist, maßgebend sind. In der letzteren Richtung zeigt sich dieß insbesondere in so fern wirksam, als eine von einem Ausländer im Auslande gültig geschlossene Ehe nach dessen Aufnahme in den Sächs. Unterthanenverband als gültig zu betrachten ist, selbst wenn sie nach den inländischen Gesetzen ungültig sein sollte und umgekehrt eine am Orte ihrer Eingehung ungültige Ehe auch im Inlande als ungültig anzusehen ist, selbst wenn sie nach den inländischen Gesetzen gültig sein sollte.

Nach dem gegenwärtigen § sind, wenn ein Sächs. Unterthan eine Ausländerin heirathet, die Fragen, ob die Voraussetzungen einer gültigen Ehe vorhanden sind, insbesondere ob ein gesetzliches Ehehinderniß oder Eheverbot entgegensteht, nach Sächs. Rechte zu entscheiden. So würde z. B. eine Ehe zwischen einem Sächsischen Unterthan und einer ausländischen Jüdin in Sachsen nicht geschlossen werden können, selbst wenn in dem Staate, welchem die Jüdin angehört, die Ehen zwischen Christen und Juden erlaubt sein sollten, während, wenn ein Ausländer im Auslande nach den dortigen Gesetzen mit einer Jüdin eine gültige Ehe geschlossen hat und später das Unterthanenrecht in Sachsen erwirbt, die Ehe auch hier als gültig anzusehen ist. In Beziehung auf die Ehescheidungen folgt aus dem vorliegenden §, daß eine Ehe eines Sächs. Unterthans lediglich aus den Gründen geschieden werden kann, welche in den Sächs. Gesetzen als solche anerkannt sind. Namentlich würde die Ehe nicht aus einem Grunde geschieden werden können, welcher entstanden war, bevor der Ehemann das Sächs. Unterthanenrecht erworben hatte, wenn dieser Grund zwar nach den Gesetzen des Auslandes eine Ehescheidung hätte rechtfertigen können, aber nach Sächs. Gesetzen nicht als Ehescheidungsgrund gilt.

Die Vorschrift dieses § findet Anwendung auch auf Verhältnisse, welche eine gültige Ehe voraussetzen, z. B. auf die Legitimität der Kinder. Ist eine Ehe nach den Gesetzen

1. Vergl. oben S. 36.
2. Weber, Kirchenrecht, ed. II., Bd. 1, § 58, not. 92, S. 323.

des Staates, dessen Unterthan der Ehemann zur Zeit der Eingehung der Ehe gewesen ist, gültig, so sind die in derselben erzeugten Kinder auch in anderen Staaten, nach deren Gesetzen die Ehe für ungültig anzusehen wäre, als eheliche zu betrachten. Ebenso ist die Frage, ob außereheliche Kinder durch nachfolgende Ehe ihrer Eltern legitimirt sind, nach den für die Gültigkeit der Ehe maßgebenden Gesetzen zu entscheiden.

---

§ 14. Die ehelichen Vermögensrechte werden nach den Gesetzen beurtheilt, welche zur Zeit der Eingehung der Ehe an dem Wohnsitze des Ehemannes gelten. Durch einen Wechsel des Wohnsitzes werden die ehelichen Vermögensrechte nicht geändert. Schenkungen unter Ehegatten werden nach den an dem jedesmaligen Wohnsitze des Ehemannes geltenden Gesetzen beurtheilt.

Motive. Die Vorschrift dieses §, daß die ehelichen Vermögensrechte nach den Gesetzen zu beurtheilen sind, welche zur Zeit der Schließung der Ehe am Wohnsitze des Ehemannes gelten und daß insbesondere durch einen späteren Wohnsitzwechsel darin nichts geändert wird, stimmt nicht blos mit den allgemein recipirten Ansichten überein, sondern es empfiehlt sich dieselbe auch durch ihre Zweckmäßigkeit und praktische Brauchbarkeit.

Daß der Grundsatz, „die ehelichen Vermögensrechte werden nach den Gesetzen beurtheilt, welche an dem Wohnsitze des Ehemannes gelten", blos dann zur Anwendung kommt, wenn zwischen den Ehegatten nicht etwas Anderes durch Vertrag bestimmt worden ist, versteht sich von selbst. Denn das Recht der Ehegatten, die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe näher zu bestimmen oder zu ändern, ist in § 1691 des B. G.-B. im Allgemeinen, mit wenigen in §§ 1692—1694 näher angegebenen Beschränkungen, anerkannt. Der Grundsatz selbst ist auch nie bezweifelt worden.[1] Nur in Beziehung auf auswärts liegende Grundstücke wird mitunter die Behauptung aufgestellt, daß der Grundsatz auf diese keine Anwendung finde, vielmehr in so weit die lex rei sitae gelte. Indessen ist bereits oben[2] nachgewiesen worden, daß die lex rei sitae auf Fälle, in welchen die Grundstücke als Theile des gesammten Vermögens in Betracht kommen, keine Anwendung leidet. Soviel aber namentlich die allgemeine Gütergemeinschaft der Ehegatten betrifft, so würde, wenn solche nach dem fremden Rechte des Wohnsitzes des Ehemannes begründet wäre, in Beziehung auf inländische Grundstücke, die, wenn schon zunächst blos den Fall einer vertragsmäßigen allgemeinen Gütergemeinschaft berücksichtigende, Bestimmung in § 1695 des B. G.-B. unzweifelhaft anwendbar sein.

Dagegen herrscht über den Satz, „daß für die ehelichen Vermögensrechte lediglich der Wohnsitz des Ehemannes zur Zeit der Eingehung der Ehe maßgebend sei und ein späterer Wohnsitzwechsel nichts daran ändere", eine große Meinungsverschiedenheit.[3] Zunächst giebt es darüber zwei sich direct widersprechende Meinungen. Nach der einen nämlich soll das örtliche Recht des anfänglichen Wohnsitzes des Ehemannes für alle Zeiten bestimmend bleiben. Nach der andern soll jeder Wohnsitzwechsel ein anderes Güterrecht zur Folge haben, also auf das örtliche Recht an dem jedesmaligen Wohnsitze des

---

1. v. Savigny a. a. O., S. 327 und die daselbst not. c. angeführten Schriften.
2. Man vergl. S. 48.
3. Man vergl. Glück, Commentar, Bd. 25, S. 269 folg. v. Savigny, a. a. O., S. 328 folg. und die S. 329, not. h. i. und S. 330, not. k. angeführten Schriften. Funk, im Arch. f. civ. Praxis, Bd. 21, S. 368 folg. und Bd. 22, S. 99 folg.

Ehemannes gesehen werden. Zwischen diesen beiden Hauptmeinungen stehen eine Menge vermittelnder Meinungen, von welchen nur zwei erwähnt werden mögen. Die eine Meinung geht dahin, daß das örtliche Recht des anfänglichen Wohnsitzes für das zur Zeit der Ehe bereits erworbene Vermögen auch bei einem Wohnsitzwechsel maßgebend bleibe, dagegen rücksichtlich des während der Ehe erworbenen Vermögens das örtliche Recht des jedesmaligen Wohnsitzes zur Zeit der Vermögenserwerbung die Entscheidungsquelle bilde. Nach der anderen Meinung soll zwischen den Folgen für die Ehegatten und ihre Erben, und den Folgen für die Gläubiger zu unterscheiden und für die ersteren das örtliche Recht des anfänglichen Wohnsitzes, ungeachtet eines späteren Wohnsitzwechsels, für die letzteren aber das örtliche Recht des jedesmaligen Wohnsitzes zur Zeit der Entstehung der Schuld maßgebend sein.

Das B. G.-B. hat in dem gegenwärtigen § der oben angegebenen ersten Hauptmeinung, wonach die ehelichen Vermögensrechte durch einen Wohnsitzwechsel des Ehemannes nicht geändert werden, den Vorzug gegeben, und zwar aus nachstehenden Gründen.

Zur richtigeren Fixirung der vorliegenden Streitfrage wird es dienen, wenn vor allen Dingen zwei Fälle, über welche gar kein Zweifel bestehen kann, ausgeschieden werden. Der erste Fall ist der, wenn die Ehegatten bei einem Wohnsitzwechsel ausdrücklich sich mit einander darüber vereinigen, daß das örtliche Recht des neugewählten Wohnsitzes für ihre ehelichen Vermögensrechte gelten soll. Denn daß ein solcher Vertrag geschlossen werden könne, läßt sich im Allgemeinen nicht bezweifeln und es könnte sich dabei nur um die Frage handeln, ob etwa nach dem örtlichen Rechte des Vertragsschlusses ein solcher während der Ehe geschlossener Vertrag gewissen Beschränkungen unterläge. Der zweite Fall ist der, wenn an dem Orte, welchen sich die Ehegatten zu ihrem neuen Wohnsitze wählen, ein gesetzliches eheliches Güterrecht besteht, welches jedes andere Güterrecht ausschließt. Denn in diesem Fall würde die Vorschrift in § 19 des B. G.-B. zur Anwendung kommen.

Nach Ausscheidung dieser gar nicht hierher gehörigen zwei Fälle, läßt sich die angegebene Streitfrage auf die Frage zurückführen, ob die Ehegatten mit der Eingehung der Ehe ein Recht darauf erwerben, daß ihre ehelichen Vermögensrechte nach den Gesetzen des Wohnsitzes des Ehemannes zur Zeit der Eingehung der Ehe beurtheilt werden. Man hat für die Bejahung dieser Frage angeführt, daß in der Eingehung der Ehe ein stillschweigender Vertrag über die ehelichen Güterrechte liege und für diesen Vertrag das örtliche Recht am Wohnsitze des Ehemannes zur Zeit der Eingehung der Ehe subsidiär zur Anwendung kommen müsse. Indessen ist diese Beweisführung nicht durchschlagend. Zunächst darf nämlich das Institut der Ehe nicht auf einen obligatorischen Vertrag zurückgeführt werden. Denn die Ehe begründet ein Familienverhältniß, welches zwar auf einem Vertrage, nämlich auf der übereinstimmenden Einwilligung der beiden Theile, welche sich ehelichen, beruht, jedoch eine rechtliche Bedeutung hat, die nicht aus diesem Vertrage, sondern aus den darauf bezüglichen Gesetzen ihre Bestimmung erhält. Was aber die Hauptsache ist, so würde, wenn selbst mit der Lehre über den Vertrag durchzukommen wäre, immer noch der Zweifel übrig bleiben, ob der in der Eingehung der Ehe liegende stillschweigende Vertrag über die ehelichen Vermögensrechte als auf das örtliche Recht am Wohnsitze des Ehemannes zur Zeit der Eheschließung, oder nicht vielmehr auf das örtliche Recht am jedesmaligen Wohnsitze des Ehemannes gerichtet zu betrachten wäre. Der wahre Grund für die aufgestellte Meinung ist vielmehr folgender. Wenn eine Ehe geschlossen wird, so entsteht damit das Familienverhältniß zwischen den Ehegatten, an welches die Gesetze gewisse rechtliche Folgen und darunter namentlich gewisse eheliche Vermögensrechte knüpfen. Von diesem Zeitpunkte an kann nicht mehr von bloßen Hoffnungen und

Erwartungen die Rede sein, vielmehr werden die an die Ehe gebundenen Rechte concret. Jeder Ehegatte kann von diesem Zeitpunkte an seine Rechte an dem Vermögen des andern Ehegatten geltend machen und nöthigenfalls richterlichen Schutz dafür in Anspruch nehmen. Dieß sind aber bereits erworbene Rechte. Wenn beispielsweise nach dem örtlichen Rechte des Wohnsitzes des Ehemannes zur Zeit der Eingehung der Ehe das dem Sächs. Rechte eigenthümliche Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht des Ehemannes an dem eheweiblichen Vermögen gilt und das letztere dem Ehemanne inferirt worden ist, so wird sich gewiß nicht sagen lassen, daß dieß ein Recht ist, welches in jedem späteren Momente sein Dasein und seine Wirksamkeit aus dem Gesetze ableitet. Noch deutlicher tritt dieß hervor, wenn man sich die Folgen der gegentheiligen Ansicht vergegenwärtigt, indem man damit unter den sonstigen Voraussetzungen zu dem Ergebnisse gelangen würde, daß der Ehemann das eheweibliche Vermögen, an dem ihm das Recht der Verwaltung und des Nießbrauchs auf die Dauer der Ehe zustand, schon in Folge eines Wohnsitzwechsels auszuantworten haben könnte.

Zu diesem Grunde tritt jedoch auch noch die Rücksicht, daß die ehelichen Güterrechte, wenn sie von dem Rechte des jedesmaligen Wohnsitzes des Ehemannes abhängig sein sollten, häufig dem bloßen Zufalle unterworfen wären. Mitunter steht der Ehemann in einem Verhältniß (z. B. im Staatsdienste), vermöge dessen er sich einen Wohnsitz anweisen lassen muß. Insbesondere würde die Ehefrau in Beziehung auf ihr Vermögen ganz von der Willkür des Ehemannes abhängig sein. Da dem Ehemanne nach § 1636 des B. G.-B. das Recht zusteht, den Wohnsitz zu bestimmen und der Ehefrau die Pflicht obliegt, dem Wohnsitze des Ehemannes zu folgen, so könnte der Letztere durch Wahl des Wohnsitzes die ihm an dem eheweiblichen Vermögen zustehenden Rechte beliebig erweitern und ihrem Umfange nach vergrößern.

Endlich verdient das Interesse der Gläubiger des Ehemannes Berücksichtigung, indem diese in ihren Rechten beeinträchtigt werden würden, wenn die ehelichen Vermögensrechte durch einen Wechsel des Wohnsitzes des Ehemannes geändert werden könnten. Zwar läßt sich denken, daß, wenn die hier vertheidigte Ansicht zur Geltung gebracht wird, die Personen, welche mit den Ehegatten am neuen Wohnsitze contrahiren, sich in so fern in ihren Voraussetzungen täuschen können, als sie vielleicht nicht wissen, daß die Ehegatten in ihren ehelichen Vermögensrechten einer fremden Gesetzgebung unterliegen. Allein, sofern nicht etwa ein dolus hinzutritt, haben sie sich den Schaden, welchen sie dadurch möglicher Weise erleiden, selbst beizumessen, weil sie unterließen, sich um die Verhältnisse Derjenigen, mit welchen sie contrahirten, zu bekümmern.

Der Grundsatz endlich, daß die Schenkungen unter Ehegatten nach den Gesetzen zu beurtheilen sind, welche am jedesmaligen Wohnsitze des Ehemannes gelten, stimmt mit der schon jetzt recipirten Ansicht überein. Dieser Grundsatz ist namentlich um deßwillen von praktischer Wichtigkeit, weil in einigen Staaten das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten gilt, z. B. in Sachsen (1647—1649 des B. G.-B.), in andern nicht, z. B. in in Oesterreich (Oesterr. G.-B. § 1246). Wenn also ein Oesterreicher seiner Ehefrau ein Grundstück schenkt, welches in Sachsen liegt, so wird die Schenkung, unter den sonstigen Voraussetzungen, auch in Sachsen als gültig anzuerkennen sein und einen Rechtsgrund zur Eintragung in das Grundbuch abgeben. Machte dagegen ein Sachse während seines vorübergehenden Aufenthalts in Oesterreich seiner Ehefrau ein Geschenk, so würde die Schenkung in Sachsen nicht gelten.

---

§ 15. Die väterliche Gewalt wird nach den Gesetzen des Staates beurtheilt, dessen Unterthan der Vater ist.

Der Grund, warum für die väterliche Gewalt die Gesetze des Staates gelten, dessen Unterthan der Vater ist, liegt darin, daß die väterliche Gewalt, wenigstens bei minderjährigen Kindern, für welche sie, da volljährige durch Gründung einer eigenen Haushaltung zu jeder Zeit aus derselben treten können (§ 1832 des B. G.-B.), überhaupt nur von Bedeutung ist, die Vormundschaft ersetzt und, wie diese, in vielfacher Hinsicht (§§ 1813. 1815. 1816. 1818. 1834) der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts unterworfen ist.

Der gegenwärtige § bezieht sich namentlich auf das Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht des Vaters an dem Vermögen seines in väterlicher Gewalt befindlichen Kindes. Denn soweit es sich um die Handlungsfähigkeit des Kindes handelt, ist das Nöthige bereits in § 7 bestimmt. Ein nach dem vorliegenden § zu entscheidender Fall würde z. B. nachstehender sein. Wenn ein Unterthan eines Staates, dessen Gesetze dem Vater ganz freies Verfügungsrecht über das Vermögen seiner Kinder einräumen, ein seinen Kindern gehöriges, in Sachsen gelegenes Grundstück, ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, veräußerte, so würde diese Veräußerung auch in Sachsen als gültig zu betrachten sein, ungeachtet der Vorschrift in § 1818 des B. G.-B. Umgekehrt wäre, wenn ein Sachse während seines vorübergehenden Aufenthalts im Auslande ein Grundstück seiner Kinder veräußerte, die Veräußerung lediglich nach § 1818 des B. G.-B. zu beurtheilen.

In Gemäßheit dieses § ist die Erwerbung der väterlichen Gewalt nach den Gesetzen des Ortes zu beurtheilen, dessen Unterthan der Vater ist, ohne Unterschied um welche Erwerbungsart es sich handelt, namentlich ist dabei für Sachsen der § 1808 des B. G.-B. maßgebend.[1] Eine besondere Betrachtung verdient jedoch der Fall, wenn ein Sächs. Unterthan einen Ausländer an Kindesstatt annimmt oder durch den Landesherrn ehelich sprechen läßt. Das Gesetz v. 2. Juli 1852 § 4 bestimmt nämlich, daß die Annahme an Kindesstatt durch einen Sachsen und die landesherrliche Ehelichsprechung für sich allein das Sächs. Unterthanenrecht nicht gewähren, das Ministerium des Innern aber in einzelnen Fällen eine Ausnahme machen kann. Hiernach kann der Fall eintreten, daß ein Sachse die väterliche Gewalt über einen Ausländer hat, mithin die Handlungsfähigkeit des Kindes zufolge des § 7 des B. G.-B. nach ausländischem, die väterliche Gewalt nach inländischem Rechte zu beurtheilen ist. Die Durchführung des Grundsatzes kann zwar in den concreten Fällen einige Schwierigkeit haben, wird aber immer möglich sein. Freilich wird in dieser Beziehung mit Hinblick auf den § 1797 des B. G.-B. unter den angegebenen Voraussetzungen ein Ergebniß erlangt werden, nach welchem der Annehmende gegenüber dem Angenommenen fast gar keine Rechte hat. Für die Aufhebung der väterlichen Gewalt sind die Gesetze des Staates, dessen Unterthan der Vater ist, ebenfalls maßgebend. Der volljährige Sohn eines Sachsen tritt also durch Gründung einer eignen Haushaltung im Auslande aus der väterlichen Gewalt (§ 1832 des B. G.-B.); ebenso hört die väterliche Gewalt eines Sachsen über seine Tochter, gleichviel ob diese volljährig oder minderjährig ist, mit deren Verheirathung an einen Ausländer auf. (§ 1833 des B. G.-B.)

Uebrigens kann die väterliche Gewalt sich dadurch ändern, daß der Vater in einem andern Staate das Unterthanenrecht erwirbt, weil es immer blos auf das örtliche Recht des Staates ankommt, dessen Unterthan der Vater zu dem entscheidenden Zeitpunkte ist.

---

1. Rücksichtlich der Geburt in der Ehe und der Legitimation durch nachfolgende Ehe der Aeltern stimmen hiermit auch die §§ 2. 3 des Gesetzes über Erwerbung und Verlust des Unterthanenrechts im Königr. Sachsen v. 2. Juli 1852 überein.

§ 16. Die Vormundschaft wird nach den Gesetzen des Staates beurtheilt, dessen Unterthan der zu Bevormundende ist.

Dieser § betrifft blos die generelle Personalvormundschaft. Auf die Specialvormundschaft beziehen sich die §§ 1878. 1879 des B. G.-B. Soviel die erstere anlangt, so muß das entscheidende Gewicht auf die Staatsangehörigkeit des zu Bevormundenden gelegt werden, weil der Staat zu der besondern Fürsorge, welche in der Führung der Personalvormundschaft enthalten ist, lediglich seinen Unterthanen gegenüber für verpflichtet angesehen werden kann. Auch hat der Grundsatz, welchen der gegenwärtige § aufstellt, schon bisher gegolten.[1]

Nach dem vorliegenden § sind alle Fragen zu beurtheilen, welche sich auf die Nothwendigkeit einer Bevormundung überhaupt, auf die Bestellung der Vormünder, namentlich die Fähigkeit zur Führung der Vormundschaft, auf die Rechte und Pflichten der Vormünder und auf die Beendigung der Vormundschaft beziehen. So würde ein Sachse, welcher das 21ste Lebensjahr erfüllt hat, nicht unter Vormundschaft zu stellen sein, wenn er sich in Preußen aufhielte, ohne daselbst die Staatsangehörigkeit erworben zu haben. Dagegen würde ein Preuße, welcher zwar das 21ste Lebensjahr, aber noch nicht das 24ste erfüllt hat, zu bevormunden sein, wenn er sich in Sachsen aufhielte, ohne die Staatsangehörigkeit daselbst erworben zu haben. Besitzt ein Sachse, welcher in Sachsen bevormundet ist, in Preußen Grundstücke, so würde der Vormund bei einer Veräußerung die in §§ 1942—1944 des B. G.-B. angegebenen Bedingungen zu erfüllen haben. Dagegen würde, wenn ein Preuß. Unterthan, welcher unter Vormundschaft steht, in Sachsen Grundstücke besäße, die Veräußerung nach den Preuß. Gesetzen über die Veräußerung der den Pflegbefohlenen gehörigen Immobilien zu beurtheilen sein.

Da die Vormundschaft nach den Gesetzen des Staates beurtheilt wird, dessen Unterthan der zu Bevormundende ist, so versteht es sich, daß die Bevormundung eines Engländers, hätte er sich noch so lange in einem andern Staate aufgehalten, vorausgesetzt nur, daß er nicht anderswo das Unterthanenrecht erlangt hat, nach England gehören würde.

Eine besondere Erwähnung bedarf nur noch die Volljährigkeitserklärung. Diese ist ebenfalls nach den Gesetzen zu beurtheilen, welche in dem Staate gelten, dessen Unterthan der durch den Landesherrn für volljährig Erklärte ist[2], und zwar nicht blos in so weit, als es sich um die Dispositionsfähigkeit des für volljährig Erklärten handelt, sondern auch in so weit, als in dem Lande, in welchem die Volljährigkeitserklärung erfolgt ist, für diese Dispositionsfähigkeit gewisse Beschränkungen bestehen. Ein für volljährig erklärter achtzehnjähriger Sachse wird daher bewegliche Sachen, welche in Preußen gelegen sind, ohne Vormund gültig veräußern können, während er in Preußen gelegene Grundstücke nur unter Beobachtung der in § 1969 in Verbindung mit §§ 1942—1944 des B. G.-B. vorgeschriebenen Formen zu veräußern berechtigt ist. Bestimmten die Gesetze eines Staates, daß auch Derjenige, welcher das 18. Lebensjahr noch nicht erfüllt hat, für volljährig erklärt werden könnte, und die Volljährigkeitserklärung unbeschränkte Dispositionsfähigkeit gäbe, so würde ein für volljährig erklärter Unterthan dieses Staates sogar vor seinem 18. Lebensjahre in Sachsen gelegene Grundstücke ohne Vormund veräußern können.

---

1. Man vergl. die oben S. 35 folg. angegebenen Staatsverträge über die Leistung gegenseitiger Rechtshülfe.

2. Man vergl. auch die Declaration, die von des Königs von Sachsen Majestät mit dem Königl. Preuß. Hofe wegen der wechselseitigen Anerkennung der Volljährigkeitserklärungen getroffene Uebereinkunft betreff. v. 3. März 1822 (G.-S. S. 185 folg.).

Aehnlich würde sich das Verhältniß gestalten, wenn ein für volljährig erklärter Sachse im Auslande den Vormund, ohne die im § 1970 des B. G.-B. vorgeschriebene Form, liberirte, oder ein im Auslande für volljährig Erklärter in Sachsen ohne die in seinem Vaterlande dafür vorgeschriebene Form dieß thäte; es würde in beiden Fällen die Liberation für ungültig zu halten sein, während, wenn der Ausländer nach dem Rechte seines Landes durch die Volljährigkeitserklärung zur Liberation seines Vormundes ohne alle Beschränkung für berechtigt zu halten wäre, auch eine ohne alle Form erfolgte Liberation in Sachsen gelten würde.

---

§ 17. Anfall und Erwerbung einer Erbschaft werden nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt, an welchem der Erblasser zuletzt seinen Wohnsitz gehabt hat. Hat er mehrere Wohnsitze gehabt, so gelten die Gesetze des Wohnsitzes, an welchem er sich zuletzt aufgehalten hat.

Zu Folge dieses § sind die Intestaterbfolge, das testamentarische Erbrecht, das Pflichttheilsrecht, die Collationspflicht und die Vertheilung der Erbschaft nach dem örtlichen Rechte des letzten Wohnsitzes des Erblassers oder, wenn der letztere mehrere Wohnsitze gehabt, nach dem örtlichen Recht des Wohnsitzes, an welchem er sich zuletzt aufgehalten hat, zu beurtheilen. Specielle, nach dieser Vorschrift zu beantwortende Fragen bezüglich des Anfalles der Erbschaft sind beispielsweise folgende: von welchem Zeitpunkte an die Erbschaft als angefallen zu betrachten ist (§ 2009 des B. G.-B.), ob das Recht, eine angefallene Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen auf die Erben des Erben transmittirt wird (§ 2010 des B. G.-B.), ob und in wie weit eine hereditas jacens durch Erwerbungen vermehrt oder durch Verpflichtungen vermindert werden kann (§ 2246 des B. G.-B.). Die Bestimmung dieses § über die Erwerbung einer Erbschaft ist beispielsweise maßgebend für die Frage, ob die Voraussetzungen der Bestellung eines Nachlaßvertreters vorhanden sind, und welche Rechte und Pflichten der Nachlaßvertreter hat (§§ 2247. 2248 des B. G.-B.), ob die Erbschaft ipso jure erworben wird, oder ob es eines Nachlaßantrittes bedarf (§ 2250 des B. G.-B.), wie die Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft beschaffen sein muß, um gültig zu sein (§§ 2251—2263 des B. G.-B.), ob und in wie weit ein Anwachsungsrecht unter Miterben besteht (§§ 2269—2276 des B. G.-B.), welche Wirkungen die Antretung der Erbschaft hat (§§ 2281—2290. 2324—2332 des B. G.-B.) u. s. w.

---

§ 18. Soweit Rechtsverhältnisse durch die Willkür der Betheiligten bestimmt werden können, ist den letzteren gestattet, festzusetzen, daß statt der sonst entscheidenden Gesetze andere Gesetze zur Anwendung kommen sollen.

Durch die Fassung dieses § wird die Grenze für das Recht der Contrahenten, ein ausländisches Gesetz als dasjenige zu wählen, welches für ihr Rechtsverhältniß entscheiden soll, ausreichend bestimmt angegeben. Dieses Recht bezieht sich lediglich auf gesetzliche Bestimmungen, welche, in Ermangelung eines besonderen Vertrages der Contrahenten, zur Anwendung kommen, oder den Zweck haben, das Rechtsverhältniß in denjenigen Beziehungen, in welchen von den Interessenten etwas Anderes nicht festgesetzt worden ist, zu ergänzen (sog. dispositive, hypothetische Gesetze). Wenn es den Contrahenten unbenommen ist, die Anwendbarkeit dieser inländischen Gesetze durch Vertrag auszuschließen, so muß ihnen auch unbenommen sein, dieß dadurch zu thun, daß sie sich über die An-

wendung eines ausländischen Gesetzes, welches ihren Absichten und Wünschen besser entspricht, als das inländische, vereinigen. Denn sie hätten die aushülflichen Bestimmungen des ausländischen Gesetzes ausdrücklich dem Rechtsgeschäfte zu Grunde legen können und dem steht es ganz gleich, wenn sie, ohne sich auf eine Aufzählung des Einzelnen einzulassen, das ausländische Gesetz im Allgemeinen bezeichnen, welches ihre Absichten besser trifft, als das einheimische. Das ausländische Gesetz ist in einem solchen Falle integrirender Theil des Vertrages und würde von Demjenigen, welcher sich darauf bezöge, nach den gewöhnlichen Regeln zu beweisen sein. Hätte sich im Auslande über die Interpretation des Gesetzes ein usus gebildet, so würde darauf nur dann Etwas ankommen können, wenn anzunehmen wäre, daß die Contrahenten sich dem ausländischen Richter auch in so weit zu unterwerfen beabsichtigt hätten.

Welche Gesetze zu der Classe derjenigen gehören, die blos in so weit zur Anwendung kommen, als die Interessenten von dem Rechte, ihre gegenseitigen Rechtsverhältnisse zu bestimmen, keinen Gebrauch machen, ist Sache der Beurtheilung des einzelnen Falles. Gesetze, welche für ein Rechtsgeschäft eine besondere Form vorschreiben, sind immer dergestalt präceptiv, daß sie durch die Wahl eines ausländischen Gesetzes nicht außer Wirksamkeit gesetzt werden können. So würde es z. B. nicht zuläſsig sein, die Vorschrift des § 822 des B. G.-B. dadurch auszuschließen, daß ein fremdes Gesetz gewählt würde, welches diese Form nicht kennt, oder die Bestimmungen des § 1650 des B. G.-B. dadurch zu beseitigen, daß die Ehefrau sich einem örtlichen Rechte unterwürfe, welches für die Intercession der Ehefrau für den Ehemann keine Form vorschreibt. Eben so wenig kann durch freiwillige Unterwerfung unter ein örtliches Recht die mangelnde Handlungsfähigkeit supplirt werden. So würde z. B. ein unter cura prodigi stehender Sachse sich nicht dadurch verpflichten können, daß er sich einem örtlichen Recht unterwürfe, welches die cura prodigi gar nicht kennt. Von Gesetzen, welche eine gewisse Art von Rechtsgeschäften für nichtig erklärt, z. B. §§ 1259. 1580 des B. G.-B., gilt unzweifelhaft dasselbe; die Wahl eines ausländischen Gesetzes, welches diese Verträge erlaubte, würde nicht statthaft sein.[1] Dagegen lassen sich viele Fälle denken, in welchen den Interessenten ganz unzweifelhaft erlaubt ist, sich dahin zu vereinigen, daß ein ausländisches Gesetz für ihr Rechtsverhältniß entscheidend sein soll. Von dem freiwillig gewählten Erfüllungsorte ist bereits oben S. 50 folg. die Rede gewesen. Dasselbe gilt von der Erfüllungszeit. Aber auch in anderen Beziehungen können die Interessenten sich einem fremden Gesetze unterwerfen. So würde, sofern nicht etwa die Vorschrift in § 1482 des B. G.-B. einschlägt, die Gültigkeit eines Vertrages, daß für ein Lieferungsgeschäft die darauf bezüglichen Preuß. Gesetze, oder die Usances einer bestimmten ausländischen Börse aushülflich maßgebend sein sollen, nicht wohl bezweifelt werden können. Gäbe es ein Rechtsgeschäft, für welches das inländische Recht keine subsidiären Bestimmungen enthielte, so würde, vorausgesetzt, daß nicht etwa ein ausdrückliches Verbot im Inlande vorhanden ist, der Eingehung dieses Rechtsgeschäftes und der freiwilligen Unterwerfung unter die für dasselbe geltenden dispositiven fremden Gesetze kein Hinderniß entgegenstehen.

Die Frage, ob es erlaubt sein werde, auch noch nach der Inkrafttretung des B. G.-B. ein Abkommen dahin zu treffen, daß in Beziehung auf ein privatrechtliches Verhältniß das bisherige Recht gelten solle, ist, sofern nicht etwa damit die Absicht verbunden sein sollte, absolute Vorschriften des Gesetzbuchs außer Kraft zu setzen oder zu umgehen, zu bejahen. Nur wird dabei freilich erstens zu berücksichtigen sein, daß, wenn nicht ein solches Abkommen wegen seiner zu großen Allgemeinheit hinfällig sein sollte, die besonderen

1. Natürlich würde sich dieß nicht auf Verträge oder Verlöbnisse erstrecken, welche im Auslande eingegangen wären.

Vorschriften des bisherigen Rechts, welche man dabei im Auge gehabt hat, mit ausreichender Bestimmtheit anzugeben sein würden, und zweitens, wenn namentlich das bisherige Recht mehr und mehr unserm Rechtsbewußtsein entschwindet, das bisherige Recht ebenso wie das ausländische zu beweisen sein würde.

---

§ 19. Ausländische Gesetze sind nicht anzuwenden, wenn deren Anwendung durch inländische Gesetze nach der Vorschrift oder nach dem Zwecke derselben ausgeschlossen ist.

Ueber diesen § ist bereits zu den vorstehenden §§ (man vergleiche insbesondere S. 34 folg.) das Nöthige gesagt worden.

---

§ 20. Bestimmen die Gesetze eines fremden Staates eine Rechtsverschiedenheit zwischen Inländern und Ausländern, so ist, soweit es die hierüber bestehenden Vorschriften des Inlandes gestatten, dieselbe Rechtsverschiedenheit auch im Inlande gegen die Unterthanen jenes Staates anzuwenden. Diese Erwiderung kann durch Abtretung der Rechte an Andere nicht umgangen werden.

Motive. In den allgemeinen Motiven ist bereits bemerkt, daß sich zur Zeit noch nicht bestimmen läßt, ob eine Beschränkung des Retorsionsrechtes auf nicht zum deutschen Bunde gehörige Staaten thunlich sein wird, in jedem Falle aber die Absicht dahin geht, den Untergerichten zur Pflicht zu machen, ohne Genehmigung des Justizministeriums gegen Ausländer niemals auf Retorsion zu erkennen. Eine ähnliche Bestimmung enthält auch das Preuß. Landrecht in der Einleitung § 44 und der Grund davon liegt darin, daß es für die Untergerichte oft sehr schwierig ist, sich von der bestehenden ausländischen Gesetzgebung sichere Kenntniß zu verschaffen, überdieß aber es der publicistischen Bedeutung der Sache entspricht, wenn das Justizministerium sich die Cognition über die einzelnen Fälle vorbehält.

In dem gegenwärtigen § handelt es sich blos um das Retorsionsrecht im Privatrechte. In wie weit dasselbe auch in anderen, als in eigentlichen Justizsachen, namentlich aber im Verwaltungsrechte, zuläßig sei und in wie weit hier die Cognition der geschäftsleitenden obersten Behörden zu erfordern sein werde, dieß sind Fragen, deren Beantwortung nicht hierher gehört.

Nach § 3 der Verordnung, die Ein- und Ausführung des B. G.-B. betreff. vom 9. Januar 1865, sollen Untergerichte von dem Retorsionsrechte nur Gebrauch machen, wenn sie zuvor bei dem Ministerium der Justiz angefragt und dieses die Genehmigung dazu ertheilt hat.

Nach diesem § hat das Erwiderungsrecht (Retorsionsrecht) nur statt, wenn die Gesetze eines andern Staates eine Rechtsverschiedenheit zwischen Inländern und Ausländern bestimmen.[1] Hiernach würde dieses Recht nicht geltend gemacht werden können, wenn

1. Bisher galt über das sog. Retorsionsrecht das Generale, die Erwiderung der in auswärtigen Staaten geltenden Rechte v. 4. April 1805 (C. A. C. III. P. I. S. 215 folg.). Das Oesterr. G.-B. § 33 hat eigentlich kein Retorsionsrecht, sondern ein Reciprocitätsrecht, indem darnach die Ausländer, um gleiches Recht mit den Inländern zu genießen, in zweifelhaften Fällen

die ungleiche Behandlung der Inländer und Ausländer nicht auf einem Gesetz, sondern auf einem eigenmächtigen Verfahren der ausländischen Gerichte beruhte; vielmehr würden in diesem letztern Falle andere Wege einzuschlagen sein, z. B. Beschwerdeführung, äußersten Falles Repressalien. Eine wesentliche Voraussetzung des Retorsionsrechts ist, daß die ausländische Gesetzgebung Etwas als Ausnahme von ihrem Recht zum Nachtheile der Ausländer überhaupt oder der Sächs. Unterthanen insbesondere eingeführt hat;[1] die bloße Verschiedenheit der inländischen und ausländischen Gesetzgebung begründet daher kein Retorsionsrecht. Dagegen hat das B. G.-B. den Satz des Generales vom 4. April 1805, daß das Ausland die nachtheilige gesetzliche Bestimmung gegen Sächs. Unterthanen bereits in Anwendung gebracht haben müsse, wenn gegen dessen Unterthanen das Retorsionsrecht geltend gemacht werden soll, nicht aufgenommen und es fällt daher dieser Grundsatz für die Zukunft weg.

Während der § 1 des Generales v. 4. April 1805 das Erwiderungsrecht auch dann für statthaft erklärt, „wenn in dem fremden Staate eine Rechtsverschiedenheit zwischen Inländern und Ausländern, ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, bisher beobachtet worden ist", erwähnt das B. G.-B. diesen Fall nicht. Man will dahingestellt sein lassen, ob in Beziehung auf die bürgerlichen Rechte, von welchen es sich hier allein handelt, ein Gewohnheitsrecht, welches die Ausländer gegenüber den Inländern nachtheilig stellt, überhaupt denkbar sei; aber in jedem Falle würde ein solches Gewohnheitsrecht wenigstens bloß in Ländern, welche keine bürgerlichen Gesetzbücher haben, vorkommen können, und käme es nun in diesen ja einmal vor, so würde allerdings das Erwiderungsrecht nicht für statthaft zu erachten, sondern der Unbilligkeit gegen die Ausländer auf anderen Wegen abzuhelfen sein.

Da das Erwiderungsrecht ein ausländisches Gesetz, welches eine Rechtsverschiedenheit zwischen Inländern und Ausländern einführt, voraussetzt, so wird der Beweis, wenigstens in der Regel, keine Schwierigkeit haben; doch läßt sich nicht behaupten, daß der Richter Amtshalber die Erwiderung in Anwendung zu bringen habe und die Kenntniß des ausländischen Gesetzes ebenso wie die des inländischen von ihm gefordert werden könne, vielmehr wird es eines Antrags von Seiten der betheiligten Partei und eines Beweises, wie in andern Fällen, wo ausländisches Recht in Frage kommt (§ 172 des B. G.-B.), bedürfen.

Daß, wenn Conventionen bestehen, durch welche das Erwiderungsrecht ausgeschlossen ist, diese ihre Gültigkeit behalten, versteht sich nach § 6 des B. G.-B. von selbst.

Soviel den Schlußsatz dieses § anlangt, so zeigt dessen Fassung an, daß blos die Umgehung des Erwiderungsrechts, nicht jede Cession verboten sein soll. Ob die Cession mit der Absicht, das Erwiderungsrecht auszuschließen, oder ohne diese Absicht erfolgt ist, wird Gegenstand der Beurtheilung des gerade vorliegenden Falles sein.

---

nachzuweisen haben, daß der Staat, dem sie angehören, die Oesterreich. Unterthanen in Rücksicht des Rechts, von dem die Rede ist, ebenfalls wie die Seinigen behandelt.

1. Eine solche Bestimmung enthält der Code Napoléon § 14, wonach ein Franzose einen Ausländer ohne Weiteres vor jedem Französ. Gericht verklagen kann, also der Satz „actor sequitur forum rei" in Beziehung auf Nichtfranzosen in den „reus sequitur forum actoris" umgekehrt wird. Zur Zeit ist jedoch noch Niemand auf den Gedanken gekommen, diesen Satz auch auf französische Unterthanen, welche sich nicht im Inlande aufhalten, anzuwenden. Auch wäre zu bezweifeln, daß von einer solchen Retorsion die Rede sein könnte, weil eine Behändigung der Ladung an den Beklagten unmöglich wäre.

§ 21. Ist mittelst eines Gesetzes die Auslegung eines früheren Gesetzes gegeben, so ist dieses in dem durch das spätere Gesetz festgestellten Sinne zu verstehen.[1]

Das Gesetzbuch erwähnt die sog. usuelle Interpretation aus dem Grunde nicht, weil es nach § 28 dem Gewohnheitsrecht für die Zukunft jede Kraft abspricht und hierin zugleich liegt, daß auch durch Gewohnheitsrecht keine allgemein verbindende Interpretation entstehen kann.

Angehend die authentische Gesetzesauslegung, über welche in so weit, als sie unter den Begriff eines Gesetzes überhaupt fällt, bereits zu § 3 das Nöthige gesagt worden ist, so entscheidet der vorliegende § eine bekannte Streitfrage. Man hat nämlich mitunter behauptet, daß nicht jedes Gesetz, welches sich als ein auslegendes ankündigt, als ein solches gelten könne, sondern in jedem einzelnen Falle zu untersuchen sei, ob das fragliche Gesetz in das den Gegenstand der authentischen Auslegung bildende frühere Gesetz einen Sinn lege, welcher nach den Grundsätzen der doctrinellen Interpretation darin gefunden werden könne, oder ob dasselbe blos in der Form der authentischen Auslegung einen ganz neuen Rechtssatz einführe und daß zwar Gesetze der ersteren Art als authentische Interpretationen zu betrachten seien, dagegen Gesetzen der letzteren Art diese Eigenschaft, namentlich die rückwirkende Kraft auf vorherliegende Fälle, nicht zukomme. Diese Ansicht, welche auf halbem Wege stehen bleibt, weil, wenn einmal die Richtigkeit eines auslegenden Gesetzes zu prüfen ist, sich gar nicht absehen läßt, warum dieß nicht auch für die Auslegung selbst gelten soll, ist durch den gegenwärtigen §, wonach das Gesetz, welches mittelst eines späteren Gesetzes ausgelegt wird, in dem durch das letztere bestimmten Sinne zu verstehen ist, reprobirt worden. Der Grund liegt darin, daß, wenn ein Gesetz sich selbst als ein auslegendes ankündigt, jede weitere Untersuchung, ob dessen Auslegung richtig oder unrichtig sei, ausgeschlossen ist, weil, wenn die Auslegung richtig ist, das Gesetz als authentische Interpretation gilt, und wenn die Auslegung unrichtig ist, das Gesetz vermöge der Erklärung des Gesetzgebers die Eigenschaft eines auslegenden hat.

Die Frage, ob, wenn Jemand nach einem Gesetze sich zu einer Leistung verpflichtet hält und die Leistung erfüllt, später aber eine authentische Interpretation des Gesetzes erscheint, nach welcher er zur Leistung nicht verpflichtet gewesen wäre, die condictio indebiti ohne Weiteres zulässig sei, ist zu verneinen. Zwar hat nach § 1523 des B. G.-B. die condictio indebiti auch dann statt, wenn ex errore juris geleistet worden ist. Allein vorausgesetzt wird immer, daß ex errore geleistet worden sei, und dieß kann durch die bloße Existenz der authentischen Interpretation nicht bewiesen werden. Auf gleiche Weise würde die Frage, ob ein vor dem auslegenden Gesetze geschlossener Vergleich wegen Irrthums angefochten werden könne, unter den sonstigen Voraussetzungen, nicht nach dem späteren authentischen Gesetze, sondern nach der Zeit des Vergleichsschlusses zu beantworten sein.

---

§ 22. In anderen Fällen sind die Gesetze nach ihrem Wortsinne und wenn die Worte Zweifel lassen, nach der auf andere Weise sich kundgebenden Absicht des Gesetzgebers auszulegen.

---

1. Aus der reichhaltigen Literatur über die §§ 21—24 behandelte Gesetzesinterpretation heben wir nachstehende Werke hervor: Hugo Donellus, com. jur. civ. ed. Koenig-Bucher, T. I, pag. 85—134. Thibaut, Theorie der logischen Auslegung, ed. II. Savigny, System, Bd. 1, § 32 folg. Böcking, Pandecten des Röm. Rechts, Bd. 1, § 96.

Motive. In diesem und den zwei nachfolgenden §§ werden einige Vorschriften über die Interpretation der Gesetze gegeben. Man hat sich dabei auf die Hauptprincipien beschränkt, um nicht der Doctrin, welcher dieser Gegenstand fast ausschließlich angehört, vorzugreifen. Namentlich erschien es bedenklich, über die Mittel, welche bei der Interpretation der Gesetze zu benutzen sind, ferner über gewisse, dabei subsidiär zu befolgende, Normen, endlich über das Verhältniß sogenannter correctorischer Gesetze zu dem älteren Rechte und über Aehnliches etwas Besonderes zu bestimmen, weil die Frage, wie ein Gesetz zu interpretiren sei, wenigstens größtentheils eine quaestio facti ist, wobei die umsichtige Berücksichtigung aller Nebenumstände und die vernünftige Beurtheilung des Richters den Ausschlag giebt.

Im Wesentlichen enthalten diese §§ blos den Ausspruch, daß die Interpretation der Gesetze den Zweck haben soll, die gesetzliche Bestimmung so auszulegen, wie sie von dem Gesetzgeber aufgefaßt worden ist. Nach dieser Richtung hin bedarf jede gesetzliche Bestimmung der Interpretation, weil deren Worte als Ausdrücke von Gedanken aufgefaßt werden müssen und ein Zurückführen des einzelnen Rechtsverhältnisses auf die im Gesetze gegebene Regel nur dann möglich ist, wenn diese letztere verstanden wird. Man theilt die Interpretation, abgesehen von der hier nicht weiter in Betracht kommenden authentischen, in die grammatische und logische, je nachdem sie sich das Ziel stellt, den Sinn des Gesetzes auf sprachwissenschaftlichem Wege oder durch Entwickelung des Grundes des Gesetzes und der Absicht des Gesetzgebers sowohl aus den Worten des Gesetzes selbst, als mit Hülfe sonstiger Erkenntnißquellen zu ermitteln, und die logische theilt man wieder in die declarative, extensive und restrictive, je nachdem sie aus dem mehrdeutig oder dunkel abgefaßten Gesetze dessen wahren Gedanken bestimmt, oder das Gesetz auf Fälle bezieht, welche nach dessen Wortverstande nicht darunter begriffen sind, oder auf einen den bloßen Worten nach darunter begriffenen Fall nicht bezieht, weil derselbe nach dem Grunde und der Absicht des Gesetzes ausgeschlossen ist. Indessen sind dieß, wie insbesondere von Böcking, Pandecten des Röm. Rechtes Bd. 1, S. 321 folg. sehr gut nachgewiesen wird, nicht besondere Arten der Interpretation, welche unabhängig von einander bestehen können, vielmehr ist jede Interpretation grammatisch und logisch zugleich, nicht grammatisch oder logisch.

Ueber das Verhältniß der speciellen Motive zum B. G.-B. ist zu vergleichen Pöschmann, Annalen N. F. Bd. 1, S. 1 folg. Man hat mitunter, selbst bei ganz klaren Bestimmungen des Gesetzbuchs, Vergleiche mit dem Rechte angestellt, welches vorher gegolten hat. Wenn man sich dabei auf die zahllosen Compendien des gemeinen Rechts bezogen hat, so ergiebt sich dagegen das Bedenken, daß in diesen Compendien für das Recht, welches in Sachsen vor dem Gesetzbuche gegolten hat, eine sehr unzuverlässige Quelle fließt. Indessen, selbst abgesehen hiervon, ist die Untersuchung, ob das Gesetzbuch an dem älteren Rechte Etwas geändert habe, oder nicht, nutzlos und überflüssig, auch insofern gefährlich, als die Versuchung nahe liegt, unrichtige Ansichten, welche gegolten haben, in das Gesetzbuch wieder hinein zu interpretiren. Das Gesetzbuch ist, nach den Regeln einer wissenschaftlichen Interpretation, aus sich selbst zu interpretiren. Wäre damit nicht durchzukommen, so würde auf das römische Recht zurückzugehen sein, als das höchste Ideal der Rechtswissenschaft, aber, was stets festzuhalten ist, es muß das römische Recht aus seiner Quelle, nicht aus den Compendien, welche in der Regel nichts weiter enthalten, als eine Zusammenstellung der irrigen Meinungen der neuern Rechtslehrer, geschöpft werden.

---

§ 23. Im Zweifel ist ein Gesetz so auszulegen, wie es allgemeinen Rechtssätzen am meisten entspricht.

Im Verhältniß zu dem B. G.-B. hat der vorstehende § nur den Sinn, daß, wenn eine einzelne Bestimmung eine verschiedene Interpretation zuläßt, diejenige den Vorzug verdient, welche mit dem Geiste des Gesetzbuchs, mit den darin durchgeführten allgemeinen Rechtssätzen und mit den Vorschriften, mit welchen sie zusammenhängt, in Uebereinstimmung steht. Namentlich soll dadurch vor dem Mißgriffe gewarnt werden, eine einzelne Bestimmung lediglich aus der wörtlichen Fassung derselben, ohne Rücksicht auf ihr Verhältniß zu dem Vorstehenden und Nachfolgenden zu interpretiren.

Im Verhältniß zu andern Gesetzen, namentlich auch zu dem allg. D. Handelsgesetzbuche, hat der § die weiter reichende Bedeutung, daß auch in Handelssachen, soweit das Handelsgesetzbuch nicht ausreicht, auf das B. G.-B. zu recurriren ist.

---

§ 24. Gesetzliche Bestimmungen, welche als Folgen ausdrücklich angegebener Voraussetzungen getroffen sind, bleiben auf diese beschränkt.

Dieser § enthält einen aus dem § 22 abstrahirten Folgesatz. Denn der Grund, warum gesetzliche Bestimmungen, welche als Folgen ausdrücklich angegebener Voraussetzungen getroffen worden sind, auf diese beschränkt bleiben, liegt eben darin, daß in diesen Fällen die Absicht des Gesetzgebers nur dahin gegangen ist, auf die angegebenen Voraussetzungen Rücksicht zu nehmen.

---

§ 25. Ein Rechtsfall, für den sich keine besondere oder allgemeine Vorschrift in den Gesetzen findet, ist nach den Bestimmungen über ähnliche Fälle zu beurtheilen.

Motive. In diesem und dem folgenden § wird die Analogie als eine Quelle anerkannt, aus welcher das Recht in denjenigen Fällen zu schöpfen ist, für die das Gesetzbuch weder eine besondere, noch eine allgemeine Vorschrift enthält. Durch die Analogie werden gesetzliche Normen, welche für bestimmte Fälle gegeben sind, nach den Grundsätzen der aus der Tendenz des Gesetzes zu bemessenden Gleichheit auf Fälle bezogen, welche in dem Gesetze nicht bestimmt sind, was in der l. 27. D. de legibus sehr gut mit folgenden Worten: „semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes sunt“, ausgesprochen wird. In der Regel wird von einer analogen Anwendung einer gesetzlichen Bestimmung blos bei Instituten die Rede sein, welche nach dem Gesetze entstehen, doch ist sie auch bei Instituten, welche bereits bei Erlaß des Gesetzes vorhanden waren, nicht ausgeschlossen, sofern anzunehmen ist, daß die gesetzliche Vorschrift, richtig und consequent durchgeführt, auch auf diese durch dieselbe nicht ausdrücklich getroffenen Institute anwendbar sei.

Man statuirt gewöhnlich zwei Arten der Analogie, nämlich die Gesetzesanalogie und die Rechtsanalogie, je nachdem der Grundsatz, um dessen analoge Anwendung es sich handelt, aus einzelnen gesetzlichen Vorschriften oder aus dem ganzen Geiste und inneren Zusammenhange des positiven Rechts hervortritt. Der vorliegende § umfaßt beide Arten der Analogie.

Der gegenwärtige § hat nicht blos die positive Bedeutung, daß er der Analogie den Zweck beilegt, die stete Uebereinstimmung des Gesetzbuchs mit dem Leben herzustellen und die sich in dem ersteren zeigenden Lücken auszufüllen, sondern auch die negative Bedeutung, daß neben dem Gesetzbuch kein anderes Recht als Hülfsrecht gilt.

Die Frage, ob nach dem Erscheinen des B. G.-B. das gemeine Recht subsidiäre Geltung haben soll, hat in der Sächs. Gesetzgebung eine Geschichte, welche bis zu dem ersten Entwurfe des B. G.-B. hinausreicht. Dieser enthielt nämlich in § 15 folgende Bestimmung:

„Ein Rechtsfall, für den sich keine besondere oder allgemeine Vorschrift in den Gesetzen findet, ist nach den, auf denselben höheren Gründen beruhenden Bestimmungen über ähnliche Fälle zu beurtheilen. Reichen auch diese nicht aus, so muß unter Erwägung der Umstände nach natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden."

In den speciellen Motiven zu diesem §, dessen Schlußsatz in dem neu redigirten Entwurfe weggelassen wurde, war unter Anderem zu Rechtfertigung der Ausschließung des gemeinen Rechts, als eines Hülfsrechts, auf die Unzuträglichkeit und sogar Unmöglichkeit einer, wenn auch blos aushülflichen, Geltung eines andern Rechts neben dem Gesetzbuch hingewiesen.

Als dieser Entwurf den auf dem Landtage 1851/1852 zur Vorberathung mehrerer Gesetzentwürfe gewählten Deputationen zur Prüfung vorgelegt wurde, kam die subsidiäre Geltung des gemeinen Rechts ebenfalls zur Sprache und man entschied sich für die in den speciellen Motiven darüber aufgestellten Ansichten und rechtfertigte dieß in den von den Zwischendeputationen beider Kammern erstatteten Berichten durch tief eingehende und überzeugende Gründe. Indessen wurde der Streit in der zur Revision des Entwurfs niedergesetzten Commission wiederaufgenommen und hier sprach sich eine, wennschon schwache, Majorität für die Beibehaltung des gemeinen Rechts, als Hülfsrechts, aus. Die Regierung aber erklärte sich für die Ansichten des ursprünglichen Entwurfs und der angegebenen Zwischendeputationen.

Wer die auf diese Streitfrage bezüglichen Berathungen verfolgt, wird sich überzeugen, daß in Beziehung auf die Frage, ob das gemeine Recht zur Interpretation des B. G.-B. gebraucht werden könne, volles Einverständniß über deren Bejahung herrschte und die Meinungsverschiedenheit blos die Frage betraf, ob das gemeine Recht nach dem Erscheinen des B. G.-B., als subsidiäres Recht, oder als Hülfsrecht fort und fort gelten sollte. Die zur Rechtfertigung des vorstehenden § angegebenen Gründe mögen hier in nuce wiederholt werden.

In der Ansicht, es müsse neben dem B. G.-B. das gemeine Recht subsidiäre Geltung behalten, liege eine Unklarheit der Begriffe, welche, ohne eine nähere Fixirung der Bedeutung der Subsidiarität eines Rechts, leicht dahin führen könne, daß dem gemeinen Rechte auch sogar für die Aus- und Fortbildung des Rechts des B. G.-B. ein Einfluß beigelegt werde. Aber auch abgesehe nhiervon, sei es gar nicht denkbar, daß das B. G.-B. und die Analogie nicht für alle Fälle ausreichen sollten. Wenn man behaupte, es könne in den Rechtsverhältnissen eine solche Veränderung vorgehen, daß das Recht des B. G.-B. darauf nicht mehr passe, so verwechsele man das Recht mit den Rechtsinstituten. Jenes müsse unveränderlich sein, während diese sich häufig ändern. Allerdings sei es nicht ausgeschlossen, daß in Folge der großen und tief eingreifenden socialen Umgestaltungen und der dadurch bedingten Umänderung vieler Begriffe innerhalb der menschlichen Verhältnisse, welche seit dem Anfange dieses Jahrhunderts begonnen haben und noch nicht zum Abschlusse gediehen seien, sich mit der Zeit Rechtsinstitute neu bilden oder wenigstens so umgestalten könnten, daß die vorhandenen Gesetze darauf nicht mehr anwendbar seien. Allein, wäre dieß der Fall, so würde auch das gemeine Recht, wenn es als Hülfsrecht gelte, für

die rechtliche Beurtheilung keine Normen enthalten. Zudem stehe der Begriff des gemeinen Rechts keineswegs fest. Verstehe man darunter die Deutschen Reichsgesetze, das Canon. und Röm. Recht, so sei dieß ein Recht, welches nicht blos auf Gesetzen, sondern auch auf der Wissenschaft beruhe, und da, wie es ohnstreitig gegenwärtig der Fall sei, es Zeiten gebe, wo die Wissenschaft nicht fortschreite, sondern zurückschreite, stets zweifelhaft und ungewiß sein werde. Der Einwand, daß, wenn das gemeine Recht keine subsidiäre Geltung habe, der wissenschaftliche Geist und das wissenschaftliche Streben in der Jurisprudenz sich mindern und einer gewissen Oberflächlichkeit Platz machen könnten, sei ungegründet, weil, soweit die Rechtswissenschaft in der Erkenntniß des in die Brust eines jeden Menschen gelegten und der Weltordnung vorgezeichneten Rechts bestehe, die Aufforderung zu deren Studium nach dem Erscheinen des B. G.-B. ganz dieselbe sei, wie vorher, und soweit man unter Rechtswissenschaft die ungeordnete Masse der Meinungen der Rechtslehrer verstehe, der Zweck des B. G.-B. gerade dahin gehen müsse, ein Recht festzustellen, welches dem Einflusse der fort und fort wechselnden Doctrinen entzogen sei. Habe dieß die Folge, daß auch das Studium des gemeinen Rechts nicht mehr so unbedingt nöthig sei, wie früher, so lasse sich darin kein Uebelstand erblicken. Führe dieß dahin, daß die wissenschaftliche Thätigkeit der Rechtsgelehrten sich vorzüglich der Ausbildung und Fortbildung des B. G.-B. zuwende, so sei dieß sogar als ein großer Vortheil zu betrachten.

Soviel dagegen die Frage anlangt, ob das gemeine Recht zur Interpretation des B. G.-B. gebraucht werden könne, so ist dieselbe zu bejahen und es läßt sich, daß die Kenntniß des gemeinen Rechts zum richtigen Verständniß des B. G.-B. vorzüglich beitragen werde, um so weniger bezweifeln, als dieses zum größern Theil auf dem gemeinen Recht beruht. Namentlich wird dieß nach zwei Richtungen hin geschehen können. Hätte nämlich erstens das B. G.-B. einen höheren Satz des gemeinen Rechts ohne die Folgesätze aufgenommen, so würde es unbedenklich sein, aus jenem die Folgerungen zu ziehen, welche nach dem gemeinen Recht daraus gezogen werden. Ließe sich zweitens annehmen, daß das B. G.-B. eine Vorschrift des gemeinen Rechts einfach wiederzugeben beabsichtigt hätte, so würde, wenn dessen Fassung unvollkommen wäre, der Interpretation das gemeine Recht zu Grunde gelegt werden können. Außer diesen Fällen wird eine unmittelbare Anwendung von dem gemeinen Recht entweder gar nicht zuläßig sein oder doch nur mit großer Vorsicht gemacht werden können.[1]

---

§ 26. Die Ausdehnung auf ähnliche Fälle findet nicht bei Gesetzen statt, welche aus besonderen, für einzelne Fälle bestehenden Gründen eine Ausnahme von allgemeinen Rechtssätzen enthalten.

---

1. Das Preuß. Landrecht (Publicationspatent § 1) und das Oesterr. G.-B. (Einführungspatent v. 1. Juni 1811) schließen das gemeine Recht gänzlich aus. Die eigenthümliche Erscheinung, daß in Baden durch das zweite Einführungsedict vom 22. December 1806 zur Aushülfe des angenommenen Code Napoléon das Röm. Recht wieder Gültigkeit erlangt hat, obschon sie ihm im ersten Edicte vom 22. Februar 1806 abgesprochen worden war, erklärt sich aus dem Umstande, daß der Code Napoléon keine directe Bestimmung über die Nichtanwendbarkeit des Röm. Rechts hat; ein besonderes Gesetz vom 21. März 1804 erklärt die „lois romaines" für aufgehoben „dans les matières, qui sont l'objet de ces lois (du code civil)". — Man vergl. übrigens Annalen N. F. Bd. 4, S. 104.

Dieser §, welcher die Analogie ausschließt, wenn ein Gesetz aus besonderen, nur für einzelne Fälle bestehenden Gründen eine Ausnahme von allgemeinen Rechtssätzen feststellt, findet seine Rechtfertigung darin, daß in dem angegebenen Falle die wesentliche Voraussetzung der Analogie, nämlich ein auf andere Verhältnisse anwendbarer Grundsatz, nicht vorhanden ist. Beispiele, welche nach diesem § zu beurtheilen sein würden, sind blos theilweise correctorische Gesetze, singuläre gesetzliche Bestimmungen und Privilegien.

---

§ 27. Allgemeine gesetzliche Vorschriften sind so zu verstehen, daß davon Fälle ausgenommen bleiben, über welche besondere Bestimmungen vorhanden sind, selbst wenn derselben bei den allgemeinen Vorschriften keine Erwähnung geschieht.

In dem correspondirenden § 29 des Entwurfs des B. G.-B. hatte der gegenwärtige § eine auf das Gesetzbuch beschränkte Fassung und hierauf bezogen sich die speciellen Motive, deren Tendenz im Allgemeinen gegen die Sucht, einzelne Vorschriften des Gesetzbuchs aus dem Zusammenhange herauszureißen und darin Fehler zu finden, gerichtet war. Indessen wird es immer Personen geben, welche, ohne sich in das B. G.-B. einzuarbeiten, von ihrem eigenthümlichen Gesichtspunkte aus einzelne Bestimmungen critisiren. Diese Personen muß man sich ausreden lassen; ein nachtheiliger Einfluß auf die Praxis ist davon nicht zu befürchten.

Bei der Schlußredaction hat man den Satz des vorstehenden § als eine allgemeine Interpretationsregel aufgestellt, was an sich kein Bedenken haben konnte. Denn es liegt in der Natur der Sache und es ist in der l. 80 D. de regulis juris mit klaren Worten ausgesprochen, daß eine generelle Regel durch eine specielle ausgeschlossen wird, ohne Unterschied, ob diese oder jene die ältere ist, und daß stets die specielle Regel den Vorzug vor der generellen hat.

---

§ 28. Durch Gewohnheiten können weder Gesetze aufgehoben oder abgeändert, noch neue Vorschriften mit Gesetzeskraft eingeführt werden. Soweit Rechte durch die Willkür der Betheiligten begründet werden können, sind Gewohnheiten zu berücksichtigen, wenn anzunehmen ist, daß die Betheiligten das in gleichartigen Fällen Gewöhnliche beobachten wollten.

Motive. Die Lehre von dem Gewohnheitsrechte ist in dem gemeinen Rechte von jeher eine sehr bestrittene gewesen und so zahlreich auch die in neuerer Zeit darüber erschienenen Schriften sind, so läßt sich doch nicht behaupten, daß die Zweifel dadurch sämmtlich beseitigt seien. Namentlich handelt es sich dabei um die schwierige Vereinigung mehrerer römischer Gesetze, welche miteinander im Widerspruche stehen und von welchen einige dem Gewohnheitsrechte vim legis beilegen, z. B. l. 38 D. de leg. und l. 3 Cod. quae sit longa consuetudo, und dabei namentlich auch die der abrogatio per desuetudinem nennen, z. B. l. 32 § 1 D. de legibus. § 11 J. de jure nat., während die l. 2 Cod. quae sit longa consuet. dem Gewohnheitsrechte die Kraft, ein geschriebenes Gesetz aufzuheben, ausdrücklich abspricht.

Diese Ungewißheit des gemeinen Rechts war zwar in Sachsen durch die Praxis beseitigt, indem hier die Gewohnheitsrechte, soweit sie in den Rechtsbüchern des Mittelalters nicht aufgezeichnet waren, ganz nach den Grundsätzen der Verjährung beurtheilt und insbesondere zu deren Begründung der Ablauf der

Verjährungszeit und die Nachweisung von wenigstens drei während dieses Zeitraumes vorgekommenen Fällen, in welchen die Gewohnheit befolgt worden, erfordert wurden. Allein was die Praxis in dieser Beziehung geschaffen hatte, war, weil auf einem völligen Verkennen des Wesens der Gewohnheitsrechte beruhend, wissenschaftlich werthlos.

Bei Abfassung des Gesetzbuches ließ sich die Ansicht nicht zurückweisen, daß neben dem Rechte, welches durch das Gesetzbuch festgestellt würde, ein Recht, welches durch Gewohnheit entweder bereits eingeführt wäre oder später eingeführt werden würde, nicht bestehen könnte, die Gewohnheit also aufhören müßte, für das Privatrecht als Rechtsquelle zu gelten. Soviel nämlich die Rechtssätze anlangte, welche bereits zur Zeit der Abfassung des Gesetzbuches durch Gewohnheit begründet waren, so war deren Aufhebung in dem Zwecke des Gesetzbuches, alles Brauchbare aus dem bisherigen Rechte aufzunehmen und systematisch zu bearbeiten, schon von selbst begriffen. Und soviel die Rechtssätze betraf, welche etwa künftig durch Gewohnheit eingeführt werden könnten, so wäre eine Anerkennung derselben im Voraus blos in der Weise möglich gewesen, daß die Voraussetzungen, unter welchen sich ein Gewohnheitsrecht künftig bilden könnte, festgestellt worden wären, was jedoch das Mißliche gehabt hätte, daß nicht allein dem Gewohnheitsrechte seine Eigenthümlichkeit genommen, sondern auch der künftigen Gesetzgebung, welche natürlich überall dann wird nachhelfen müssen, wenn einzelne Bestimmungen des Gesetzbuches mit den veränderten Lebens- und Verkehrsverhältnissen nicht mehr übereinstimmen werden, vorgegriffen worden wäre.

In dem vorstehend Gesagten findet der erste Theil des fraglichen §, wonach „durch Gewohnheiten weder Gesetze aufgehoben oder abgeändert, noch neue Vorschriften mit Gesetzeskraft eingeführt werden können“ seine Erklärung und Rechtfertigung. Auch bedurfte es solcher Bestimmungen, wie sie das preußische Landrecht in Beziehung auf die particulären Gewohnheitsrechte enthält, nicht, weil dergleichen Gewohnheitsrechte in Sachsen weder bisher gegolten haben, noch künftig neben dem Gesetzbuche gelten sollen. Durch den zweiten Theil des gegenwärtigen § sind die gewöhnlich sogenannten Gewohnheitsbedingungen oder Usancen auch fernerhin in so weit für gültig erklärt worden, als in den Fällen, in welchen die Feststellung der rechtlichen Natur des Verhältnisses zunächst von dem Uebereinkommen der Interessenten abhängt, angenommen werden kann, daß dieselben das in ähnlichen Fällen Gewöhnliche haben beobachten wollen. Einzelne Anwendungen dieser Regel kommen z. B. vor in §§ 1124. 1229. 1267. 1269 (§§ 1095. 1200. 1238. 1240 des B. G.-B.). Ueber die Gewohnheiten im Handelsrechte wird das allgemeine Deutsche H.-G.-B., welches jetzt bearbeitet wird, das Nöthige zu bestimmen haben. Daß, soweit nicht etwa im einzelnen Falle die Gewohnheit notorisch ist, Derjenige, welcher daraus Rechte für sich ableitet, dieselbe zu beweisen habe, bedarf nicht erst der Bemerkung. Soviel aber die Erfordernisse eines solchen Beweises betrifft, so müssen die Thatumstände auf welche dabei Bezug genommen wird, so beschaffen sein, daß sie die Annahme, es sei die präsumtive Willensmeinung der Interessenten auf die Beobachtung der hergebrachten Regel gerichtet gewesen, zu begründen vermögen.

In so weit mehrere Gesetze des Gewohnheitsrechts in Bezug auf dem öffentlichen Rechte angehörige Institute erwähnen, z. B. allgemeine Städteordnung § 61, Landgemeindeordnung §§ 64. 65, wird das Herkommen dieser Art künftig nicht mehr als Privatrechtstitel gelten können. Soviel dagegen das Straßenbaumandat v. 28. April 1781 und das Mandat, die Elbstrom-, Ufer- und Damm-

ordnung enthaltend, v. 7. August 1819 betrifft, von welchen das erstere in § 9 und das letztere in § 2 auf das Herkommen ausdrücklich verweist, so hat es, so lange nicht diese Gesetze selbst geändert werden, bei dem bisherigen Rechte, zufolge dessen jenes Herkommen als ein privatrechtliches angesehen wird, sein Bewenden und es ist dem nur noch die Bemerkung beizufügen, daß, soweit in dieser Hinsicht über die Existenz eines Herkommens zu entscheiden ist, die Grundsätze, welche bisher darüber gegolten haben, auch noch fernerhin zur Anwendung kommen.

Da der erste Satz dieses § selbst bei Denjenigen, welche nicht zu den Gegnern der Codification gehören, Anstoß gefunden hat, so dürfte es zweckentsprechend sein, zu dessen Rechtfertigung noch Nachstehendes zu bemerken.

Nach römischem Rechte wird (l. 32. l. 33. D. de leg.) die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts auf den Grundsatz zurückgeführt, daß, wenn die legislatorische Gewalt in den Händen des Volkes liege, nicht abzusehen sei, warum der Wille, welchen das Volk lange Zeit hindurch in gleichmäßigen Handlungen zu erkennen gegeben habe, nicht als Gesetz gelten sollte. Hiernach hatte das Gewohnheitsrecht wenigstens eine feste Basis, indem sich dasselbe von dem geschriebenen Rechte nur in so fern unterschied, als bei jenem der Wille des legislatorischen Factors durch concludente Handlungen veroffenbart war, während bei diesem derselbe legislatorische Wille in einem geschriebenen Gesetze seinen Ausdruck gefunden hatte.

Wie gewöhnlich, hat die neuere Doctrin auch hier arg gewirthschaftet. Ueber die Natur und das Wesen des Gewohnheitsrechts ist ein großer Meinungskampf entstanden, welcher zu einem Ziele nicht geführt hat, auch gewiß nie führen wird. So herrschen unter den Rechtslehrern[1] Meinungsverschiedenheiten gerade über die Hauptfragen, z. B. ob die thatsächliche Uebung Entstehungsgrund oder blos Entstehungsform ist, ob das Gewohnheitsrecht durch unmittelbare Theilnahme des Volks, oder blos durch die Rechtsgelehrten gebildet wird, ob die Aussprüche der Röm. Rechtslehrer darüber überhaupt anwendbar sind oder sich ein Gewohnheitsrecht über die Natur des Gewohnheitsrechts gebildet hat, von welchen Voraussetzungen die Entstehung des Gewohnheitsrechts abhängt, wie es mit dem Beweise desselben zu halten ist u. s. w. An einer äußeren Veranlassung zu diesem höchst unfruchtbaren Meinungsstreite fehlte es allerdings nicht, und namentlich waren es drei Gründe, welche demselben Nahrung gaben. Der erste Grund lag in dem Zustande des gemeinen Rechts selbst. Da nämlich das Röm. Recht in Deutschland nicht durch Gesetze eingeführt worden war, sondern nur nach und nach, gleichsam als ratio scripta, das einheimische Recht verdrängt hatte, so mußte die Aufgabe der Wissenschaft im Wesentlichen darin bestehen, geschichtlich nachzuweisen, in welchen Beziehungen das einheimische Recht durch das römische beseitigt worden wäre, und in welchen das erstere sich dem letzteren gegenüber behauptet hätte. Zweitens wendete sich die deutsche Gesetzgebung nur selten dem Privatrechte zu und es entstanden eine Menge Rechtsinstitute, auf welche das vorhandene Recht nicht paßte, deren rechtliche Gestalt sich daher gewohnheits-

---

1. Klötzer, Versuch eines Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht, Jena 1813. Puchta, vom Gewohnheitsrecht, Bd. 1. 2, 1828. 1837. Beseler, Volksrecht und Gewohnheitsrecht, Basel 1843. Maurenbrecher, Lehrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Bd. 1, § 13 folg. v. Savigny, System des heutigen gemeinen Rechts, Bd. 1, S. 34. 76. 144. 168. 209. 420 folg. Charakteristisch ist, daß bis jetzt noch Niemand im Stande gewesen ist, festzustellen, in welchen einzelnen Fällen sich ein Gewohnheitsrecht gebildet habe. Und gerade nur hierin könnte sich die Lehre des Gewohnheitsrechts praktisch erweisen.

rechtlich bildete. Drittens hatte sich in den Ländern des gemeinen Rechts Theorie und Praxis in der Weise geschieden, daß sie fast zu Gegensätzen geworden waren. In diesem Kampfe mußte natürlich die communis opinio doctorum auf der einen, und die in den rechtlichen Entscheidungen constant befolgte Meinung (das Präjudiz) auf der andern Seite eine Rolle spielen.

Soviel insbesondere Sachsen betrifft, so hatte sich in der Praxis eine ganz eigenthümliche Meinung über das Gewohnheitsrecht geltend gemacht, welche in der Bekanntmachung des O.-App.-G., einige Rechtssätze betreff. v. 6. August 1836 sub No. I., zur öffentlichen Kenntniß gebracht worden ist. Hiernach waren zur rechtlichen Begründung eines Gewohnheitsrechts (abgesehen von den sonstigen Erfordernissen, als Gleichförmigkeit, Rationabilität der Uebung, opinio juris oder necessitatis) der Ablauf eines Zeitraumes von wenigstens 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen und mindestens drei Fälle, in welchen der behaupteten Gewohnheit nachgegangen worden war, erforderlich; wogegen, wenn diese Erfordernisse vorhanden waren, selbst bei den derogatorischen Gewohnheiten keine durch gerichtliche Entscheidungen bestätigte Handlungen erfordert wurden. Processualisch wurde die Beziehung auf Gewohnheitsrechte im Wesentlichen ebenso behandelt, wie jede andere Parteibehauptung[1]. Indessen dürfte ein Fall, in dem diese Grundsätze, welche sich allenfalls bei durch Herkommen begründeten Befugnissen rechtfertigen lassen, auf eine durch Gewohnheitsrecht entstandene allgemeine Rechtsnorm angewendet worden wären, schwerlich vorgekommen sein, vielmehr wurde in dieser Hinsicht der communis opinio doctorum, den Präjudizien der höheren Gerichte und vorzüglich den Bekanntmachungen, mittelst welcher das O.-App.-Ger. nach dem Gesetze v. 28. Januar 1835 sub B. § 9 mit Genehmigung des Justizministeriums Rechtssätze, nach welchen es entscheidet, im G.- u. V.-Bl. zur öffentlichen Kenntniß zu bringen berechtigt ist, nachgegangen.

Wie bereits in den speciellen Motiven erwähnt wird, läßt sich nun neben einem das gesammte Privatrecht umfassenden Gesetzbuch ein Recht, welches durch Gewohnheitsrecht eingeführt ist, nicht denken. Denn das Gesetzbuch soll seinem Zwecke nach aus dem bisherigen Rechte, ohne Unterschied, ob dieses auf Gesetzen oder Gewohnheiten beruht, das noch Brauchbare aufnehmen und systematisch verarbeiten. Hierdurch ist die Nothwendigkeit, die bereits zur Zeit der Abfassung des Gesetzbuchs durch Gewohnheit entstandenen Sätze aufzuheben, von selbst gegeben.

In Beziehung auf Sätze, welche etwa künftig durch Gewohnheitsrecht entstehen, ist nun zwar diese Rücksicht allerdings nicht entscheidend. Allein zu einer vorläufigen Anerkennung des Gewohnheitsrechts, als einer neben dem Gesetzbuch bestehenden Rechtsquelle, konnte auch dieß nicht führen. Denn soweit das Gewohnheitsrecht nur den Zweck hat, das Recht, welches in dem Gesetzbuche codificirt worden ist, in seinem Geiste fortzubilden, wird dasselbe durch die bereits oben erwähnte Einrichtung, wonach das O.-App.-G. Rechtssätze durch das G.- u. V.-Bl. zur öffentlichen Kenntniß zu bringen berechtigt ist, ersetzt werden. Und soweit sich künftig zeigen sollte, daß einzelne Bestimmungen des Gesetzbuchs den veränderten Lebens- und Verkehrsverhältnissen oder den Ansichten des Volks oder der Juristen nicht mehr entsprächen, würde durch die Gesetzgebung nachzuhelfen sein. Wenn man hiergegen einwendet, es könne die verbindende Kraft des Gewohnheitsrechts nicht einmal dadurch ausgeschlossen werden, daß ein Gesetz dasselbe ausdrücklich für unverbindlich erklärt, weil kein Gesetz bestimmen könne, daß Recht nicht Recht sei, so will es den Anschein haben, als ob man die Frage, ob eine gesetzliche Bestimmung der idealen Auffassung des Rechts und dem Rechtsbewußtsein des Volks entspreche, mit der Frage,

1. Osterloh, der ordentliche bürgerliche Prozeß nach Königlich Sächs. Rechte, ed. IV. Bd. 1, §§ 62. 164. Bd. 2, §§ 208. 227. 247. 258. 262. 267. 278.

ob der Staat einen Rechtssatz anzuerkennen und den darauf gegründeten Ansprüchen gerichtlichen Schutz angedeihen zu lassen habe, verwechsele. Die erstere Frage bleibt natürlich nicht blos für die Zeit, zu welcher das Gesetz gegeben wird, sondern auch für die Zukunft bei fortgeschrittener Wissenschaft und bei verändertem Rechtsbewußtsein eine offene. Aber die letztere Frage möchte doch, wie es scheint, dahin zu beantworten sein, daß der Staat die Befugniß habe, seine Anerkennung und seinen Schutz blos dem Recht zu Theil werden zu lassen, welches mit seinen Gesetzen übereinstimmt. Daß, wenn ein Gesetz mit den Forschungen der Wissenschaft und dem Rechtsbewußtsein des Volks sich in Widerspruch befindet, dessen Aufhebung oder Aenderung gerathen sein kann, ist bereits bemerkt worden und ein eigensinniges Beharren des Staats bei seinen für unzweckmäßig erkannten Gesetzen läßt sich nicht mit Grund befürchten. Die Behauptung, daß der Gesetzgeber das Gewohnheitsrecht eben so wenig verbieten könne, als ein späteres Gesetz, beruht auf der unerwiesenen und unerweislichen Voraussetzung, daß dem Gewohnheitsrecht Gesetzeskraft zukommt.

Da durch Gewohnheiten weder Gesetze aufgehoben, noch abgeändert, noch neue Vorschriften mit Gesetzeskraft eingeführt werden können, so hat sich der Zweifel, welcher nach gemeinem Recht aus dem Widerspruch der in den speciellen Motiven angezogenen l. 38 D. de leg. l. 3 Cod. quae sit longa consuetudo. l. 32 § 1 D. de legib. l. 2 Cod. quae sit longa consuetudo folgt, erledigt.

Soviel die im zweiten Satze des gegenwärtigen § erwähnten, gewöhnlich sog. Gewohnheitsbedingungen oder Usancen betrifft, so macht es keinen Unterschied, ob sie zur Zeit der Inkrafttretung des Gesetzbuchs bereits bestehen, oder sich erst später bilden. In dem Art. 1 des allg. D. H.-G.-B. wird bestimmt: „In Handelssachen kommen, in so weit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung.“ Speciell auf den Handelsgebrauch wird in dem H.-G.-B. Bezug genommen, z. B. Art. 397. 352. 279. 370. 376. 339.[1]

Man hat mitunter behauptet, der erste Satz des vorstehenden § sei in so fern lückenhaft, als er die sog. suppletorischen Gewohnheiten nicht erwähne. Dieß ist jedoch irrig, weil die im zweiten Satze angegebenen Gewohnheiten eben die suppletorischen Gewohnheiten sind.

Der vorstehende § hat namentlich bei den Theoretikern Anstoß gefunden. Ganz natürlich, weil ihren subjectiven Ansichten und ihren rechtshistorischen Forschungen für die Zukunft jede Auctorität genommen ist. Allerdings gewährt die Geschichte des Rechts ein Interesse. Aber die Kenntniß des historischen Rechts darf nicht mit der Rechtswissenschaft verwechselt werden. Denn erstere hat das Vergangene zum Gegenstande, während letztere als der hellleuchtende Stern über jedem positiven Gesetze steht. Hoffentlich wird man endlich begreifen, daß die historische Forschung des Rechts zwar allenfalls dazu dient, die Gründe der Entstehung und die Art und Weise der Entwickelung einzelner Rechtsinstitute zu finden, nie aber als Studium der Rechtswissenschaft oder als die Erkenntniß der Gesetze der Weltordnung gelten kann.

---

§ 29. Statuten, Hausgesetze und Familienverträge, welche dem öffentlichen Rechte gemäß errichtet sind, gehen den allgemeinen bürgerlichen Gesetzen vor.

Motive. Dieser § ist dem § 11 des Oesterr. G.-B. zwar nachgebildet, aber im Verhältniß zu dem letzteren in vielen Beziehungen allgemeiner gehalten

1. Man vergl. auch Siebenhaar, Correalobligationen S. 228 not. 1. — Annalen N. F. Bd. 4, S. 340 folg.

und besser gefaßt worden. Unter den in diesem § erwähnten Statuten sind nicht blos Statuten einzelner Orte und Bezirke, sondern auch die Statuten der juristischen Personen und der mit juristischer Persönlichkeit versehenen Anstalten, insbesondere der Sparcassen, Creditbanken, Eisenbahngesellschaften und dergleichen zu verstehen.

Die Fassung: „Statuten, Hausgesetze und Familienverträge, welche dem öffentlichen Rechte gemäß errichtet sind", ist insbesondere gewählt worden, um auch diejenigen Familienverträge, welche nach den Grundsätzen des Privatfürstenrechts errichtet werden, zu treffen. Wie bekannt, ist nämlich den sogenannten Mediatisirten die Autonomie bundesgesetzlich (Bundesacte Art. 14 ad 2) nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung ausdrücklich garantirt und in allen deutschen Bundesstaaten, in welchen dieselben ihren Aufenthalt nehmen, oder welchen sie angehören, vorbehalten, auch vermöge völkerrechtlicher Uebereinkunft diesen Mediatisirten eine Anzahl anderer Familien gleichgestellt worden. Namentlich hat dem hier in Betracht kommenden, zum Königr. Sachsen gehörigen, Hause Schönburg ein besonderer Bundesbeschluß v. 7. August 1828 jene Garantie ausdrücklich zugesprochen und die in dem zu Erläuterung der Recesse von 1740 abgeschlossenen neuen Recesse v. 9. October 1835 enthaltenen Bestimmungen zur Folge gehabt, in welchen letzteren am betreffenden Orte (G.- u. V.-Bl. 1835, S. 627) auch auf die Möglichkeit vorkommender Zweifel über die Gültigkeit der ohne landesherrliche Genehmigung errichteten Familienverträge und sonstigen Dispositionen hingewiesen wird.[1] Dergleichen streitige Fälle können aber, bei entstehendem Zweifel über die staatsrechtliche oder privatrechtliche Natur einzelner autonomischer Dispositionen, nicht blos in der vorgedachten speciellen Beziehung auf das Haus Schönburg, sondern auch rücksichtlich anderer hier in Frage kommender Familien leicht vorkommen, was weiterer Nachweisung nicht bedürfen wird.

Ueberhaupt hat über die Art, wie Statuten über Gegenstände des Privatrechts entstehen, durch diesen § etwas nicht bestimmt werden sollen. In so weit die gegenwärtige Gesetzgebung in dieser Beziehung unvollständig und ungewiß ist, wird das Nöthige durch Verwaltungsgesetze zu reguliren sein. Es bedarf daher auch wohl nicht erst der Erwähnung, daß, wenn bereits bei dem Erscheinen des B. G.-B. Statuten in Wirksamkeit stehen, welche Abweichungen von den Vorschriften des B. G.-B. enthalten, auf dieselben die Vorschriften des gegenwärtigen § ebenfalls anwendbar sind.

Die auf die Statuten bezügliche Vorschrift des gegenwärtigen § hat, wie zu § 52 folg. noch näher gezeigt werden wird, in Beziehung auf die sog. Genossenschaften, wenigstens zum größten Theile, nach dem Gesetz vom 15. Juni 1868 ihre Anwendbarkeit verloren. Ebenso ist ein Gesetz, die Gültigkeit der Localbauordnungen betreff., vom 11. Juni 1868 erschienen. Im Uebrigen mag aber über die Statuten noch Nachstehendes bemerkt werden. Wenn in dem gegenwärtigen § gesagt wird, daß Statuten, welche dem öffentlichen Rechte gemäß errichtet worden sind, den allgemeinen bürgerlichen Gesetzen vorgehen, so wird dadurch den Statuten nicht die Kraft der Gesetze beigelegt. Durch Statuten kann die Vertretung der Anstalt oder des Vereines nach außen hin bestimmt, es kann der Anstalt oder dem Vereine zur Ausgabe von Inhaberpapieren Concession ertheilt, es kann auch sonst das

---

1. Zu erwähnen ist die Primogeniturordnung des Fürsten Otto Victor von Schönburg, v. 25. Sept. 1862 (G.- u. V.-Bl. v. Jahre 1862 S. 532 u. v. Jahre 1865 S. 75. 197.)

Verhältniß im Innern mit voller Wirkung für die beitretenden Mitglieder (als lex contractus) regulirt werden. Dagegen würde es nicht statthaft sein, daß in den Statuten über wohlerworbene Rechte Dritter verfügt würde, z. B. die Vindication ausgeschlossen sein sollte. Den Ausschluß der Vindication wider Leihhäuser zu rechtfertigen, möchte schwierig sein, zumal die Wohlthätigkeit dieser Anstalten nicht ohne Zweifel sein dürfte. — Mit den Localbauordnungen hat es, nach unserm Dafürhalten, eine ganz andere Bewandtniß. Ein wohlerworbenes Recht eines Grundstücksbesitzers, auf seinem Grundstücke Gebäude aufzuführen, giebt es nicht. Dieß sind Dispositionen, bei welchen, neben den Privatrechten, die dadurch verletzt werden können, auch das öffentliche Interesse wesentlich betheiligt ist, und es setzt daher jeder Bau, selbst wenn Widersprüche von Privatpersonen nicht erhoben werden, die Genehmigung der Baupolizei voraus. Das Recht, welches sich in der römischen operis novi nunciatio in ihrer dreifachen Gestalt, juris conservandi, damni depellendi, juris publici tuendi causa verwirklichte, hat nach heutigem Rechte nie eine andere Form. In der Verweigerung der Bauconcession kann daher nie eine Expropriation gefunden werden; eine solche wäre nur denkbar, wenn aus baupolizeilichen Gründen die Niederreißung eines bereits stehenden Gebäudes oder die Ueberlassung von Grund und Boden zum Aufbau eines Gebäudes oder zur Anlegung von Straßen u. s. w. gefordert würde.

Zweite Abtheilung.

Von den Personen.

I. Physische Personen.

§ 30. Jeder Mensch ist rechtsfähig.

Motive. Durch diesen § hat nur im Allgemeinen ausgedrückt werden sollen, daß jeder Mensch rechtsfähig sei, also die Fähigkeit habe, Rechte zu haben, oder, was dasselbe ist, eine Person sei. Von der Handlungsfähigkeit, d. i. von der Fähigkeit, selbst Rechte zu erwerben, auszuüben oder aufzugeben, ist hier nicht die Rede und es bedurfte daher des Zusatzes: „daß jeder Mensch fähig sei, Rechte zu erwerben und auszuüben, soweit nicht das Gesetz Beschränkungen enthält" nicht. Ebensowenig war nöthig, darauf Rücksicht zu nehmen, daß auch eine Denjenigen Persönlichkeit vorausgesetzt wird, gegen welche Rechte entstehen und entstandene und erworbene Rechte geltend gemacht werden sollen. Denn diese Persönlichkeit ist in so fern von untergeordneter Bedeutung, als bei Rechten, welche, wie z. B. Sachenrecht, wider Jeden geltend gemacht werden können, auf die Persönlichkeit des Verpflichteten überhaupt nichts ankommt und bei Rechten, welche blos wider eine bestimmte Person gehen, für deren Entstehung alles von der Handlungsfähigkeit des Verpflichteten abhängt und, wenn sie entstanden sind, auch diese gleichgültig ist.

Dieser § enthält die Grundlage des ganzen Privatrechts, weil ein Privatrecht ohne eine Person, welcher dasselbe zusteht, nicht existiren kann. Ohne diesen § würde das Gesetzbuch unvollständig und lückenhaft sein. Uebrigens versteht es sich, daß nach diesem § die Rechtsfähigkeit auch Ausländern zusteht, welche in ihrem Vaterlande nicht rechtsfähig sind, z. B. also ein fremder Sklave aus einem im Inlande errichteten Testamente erwerben kann.

---

§ 31. Sklaverei, Leibeigenschaft und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Gewalt sind unstatthaft.

Zu diesem § ist das oben S. 40 Gesagte zu vergleichen. In der Fassung dieses § liegt nicht blos, daß in Sachsen jeder Mensch frei ist, d. h. das Recht hat, sich selbst zu bestimmen und, soweit dieß ohne Verletzung der Rechte Anderer möglich ist, frei zu handeln, sondern auch, daß selbst die in einem andern Staate erworbene potestas dominica in Sachsen nicht ausgeübt werden darf, der Sklave und Leibeigne also in Sachsen als freier Mensch gilt.

---

§ 32. Die Rechtsfähigkeit einer Person beginnt mit deren Geburt. Ungeborene werden von der Zeit ihrer Empfängniß an vorläufig den Geborenen gleich geachtet, soweit es sich um ihren rechtlichen Vortheil handelt. Todtgeborene werden so betrachtet, als wären sie nicht empfangen worden.

Motive. Angehend den ersten Satz, nach welchem die „Rechtsfähigkeit einer Person mit deren Geburt beginnt", so hat man von der näheren Bestimmung des Momentes, mit welchem die Geburt des Kindes als erfolgt zu betrachten ist, abgesehen, weil es sich dabei um Verhältnisse handelt, deren Beurtheilung der obstetrizischen Kunde und medicinischen Wissenschaft angehört.

Nach dem zweiten Satze bewendet es in Beziehung auf die nascituri ganz bei unserem bisherigen Rechte, nach welchem die Fiction, nasciturus pro nato habetur, erstens blos in so weit eintritt, als es sich um den eigenen rechtlichen Vortheil der Leibesfrucht (nicht um den Vortheil eines Anderen) handelt, und zweitens blos die Wirkung hat, daß einmal die Leibesfrucht selbst erhalten und der Geburt entgegengeführt wird, das andere Mal deren Rechte vorläufig vorbehalten und sichergestellt werden. Hierauf bezügliche specielle Vorschriften findet man in §§ 2029—2031. 2042. 2328. 2378. 2568. 2634. (§§ 1995—1997. 2008. 2293. 2344. 2535. 2601 des B. G.-B.)

Soviel endlich den dritten Satz betrifft, so ist es für die Frage, ob ein Kind nicht lebend zur Welt gekommen sei, gleich, ob dasselbe vor seiner Geburt auf natürliche Weise zu existiren aufgehört habe, oder ob dieß in Folge Verbrechens, Verschuldung, Zufall oder aus anderen Gründen geschehen sei.

Die legitimatio per subsequens matrimonium im § 1780 des B. G.-B. erstreckt sich auch auf Kinder, welche von den Ehgatten vor Eingehung der Ehe erzeugt und erst nach Eingehung der Ehe geboren worden sind. (Annalen N. F. Bd. 3, S. 502.) Von der blos zu Gunsten des nasciturus geltenden Fiction „nasciturus pro nato habetur" würde z. B. kein Gebrauch zu machen sein, wenn Jemandem in einem letzten Willen für den Fall, daß er Kinder hätte, Etwas vermacht worden wäre. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß eine Fehl- oder unreife Frühgeburt (abortus) in keinem Falle eine Person zum Dasein bringt.

---

§ 33. Die Bestimmung über Todtgeborene gilt auch von Geburten, welche so von der menschlichen Körperbildung abweichen, daß sie nicht als Menschen angesehen werden können.

Motive. Auf Grund der l. 44 pr. D. de relig. wurde bisher angenommen, daß die Frage, ob eine geborene Leibesfrucht eine menschliche Gestalt habe,

nach der Kopfbildung zu entscheiden sei. Daß diese Annahme viel für sich habe, mag nicht bezweifelt werden; doch schien es bedenklich, eine hierauf bezügliche Bestimmung, welche in jedem Falle blos dahin gehen könnte, daß die Beschaffenheit des Kopfes vorzüglich zu berücksichtigen wäre, in das Gesetzbuch aufzunehmen. Wie die Frage, ob eine geborene Leibesfrucht als ein Mensch anzusehen sei, im Allgemeinen der medicinischen Beurtheilung überlassen bleiben muß, so ist dieß auch in Beziehung auf die dabei zu berücksichtigenden Merkmale der Fall.

Die Vorschrift, daß die Geburt eines nicht menschlich gestalteten Wesens (monstrum, prodigium) keine Person zum Dasein bringt, in einem solchen Falle es vielmehr so zu betrachten ist, als ob eine Empfängniß nicht erfolgt wäre, stimmt mit unserm bisherigen Rechte überein (l. 14 D. de statu hominum). Daß aber bloße Abweichungen der Körperbildung bei sonst regelmäßiger Menschengestalt (ostentum) nicht unter die Bestimmung der Mißgeburten (monstra, prodigia) fallen, ergiebt sich aus der Fassung des gegenwärtigen §.[1]

---

§ 34. Im Zweifel, ob ein Kind lebendig oder todt geboren sei, wird das Erste vermuthet.

Motive. Dieser § sagt nur so viel ausdrücklich, daß bei einem Zweifel, ob ein Kind lebendig oder todt geboren sei, das Erstere zu vermuthen sei. Da bestimmte Kennzeichen des Lebens nicht angegeben worden sind, so ist anzunehmen, daß dergleichen nicht bestehen sollen, vielmehr, wenn in einem concreten Falle Zweifel darüber vorhanden sind, ob ein Kind lebendig oder todt geboren sei, die Entscheidung darüber der medicinischen Beurtheilung zufällt. Wenn nach den Grundsätzen der medicinischen Wissenschaft als erwiesen zu betrachten ist, daß ein Kind bei seiner Geburt gelebt habe, so kommt auf die Dauer und die Zeichen des Lebens etwas nicht an, namentlich kann aber, wie von v. Savigny a. a. O., Bd. 2, Beil. III, nachgewiesen worden ist, die Vitalität nicht als Erforderniß des Lebens gelten, obschon dieß bisher auf Grund von Pauli R. S. IV. 9, § 5, mitunter, z. B. von Glück, Pandectencommentar, Bd. 2, S. 83 folg., Bd. 28, S. 131, und Göschen, Vorlesungen, Bd. 1, S. 118, angenommen wurde. Mithin ist es gleichgültig, wie lange ein Kind im Mutterleibe existirt hat; ist es nur überhaupt lebend zur Welt gekommen, so gilt es als geboren.

Die in diesem § aufgestellte Vermuthung für das Leben eines Kindes war unserm bisherigen Rechte unbekannt. Das ältere Sächs. Recht (Sächs. Landrecht Lib. 1. art. 33. Lehnrecht c. 30. Magdeburger Weichbild art. 86) bestimmte besondere Kennzeichen der lebendigen Geburt, namentlich das Beschreien der Wände; die Praxis aber erforderte diese Zeichen nicht, sondern folgte dem Röm. Rechte, nach welchem jedes wirkliche Lebenszeichen hinreicht, um zu beweisen, daß ein Kind lebendig geboren sei (l. 3 Cod. de post. hered.). Wenn in dem vorliegenden § eine Vermuthung für das Leben eines Kindes

---

1. Die Frage, ob sog. monstra wirklich vorkommen, ist keine juristische, sondern eine medicinische. Uebrigens weist die Fassung des § 33 darauf hin, daß eine Frauensperson, welche ein monstrum geboren hatte, der Vortheile, welche ihr für den Fall der Geburt eines Kindes zugesichert worden wären, nicht theilhaftig werden könnte. In so weit nach römischem Rechte etwas Anderes gegolten haben sollte (l. 135 D. de verb. sign.), würde dieß durch das Gesetzbuch geändert sein.

aufgestellt wird, so hat dieß nur den Sinn, daß, wenn ein Kind mit den zur Existenz außer Mutterleibe erforderlichen äußeren Lebensorganen geboren worden ist, und es sich blos um die Frage handelt, ob dasselbe nach der Geburt gelebt habe, oder todt zur Welt gekommen sei, im Zweifel für das Erstere die Vermuthung streite. Bei Fehl- oder unreifen Frühgeburten kann dagegen von dieser Vermuthung keine Rede sein.

Um die Anwendbarkeit des vorstehenden § handelte es sich im nachstehenden Falle. Eine schwangere Ehefrau hatte, nachdem sich bereits die Wehen eingestellt hatten, ein Testament errichtet, in welchem sie an erster Stelle ihren Ehemann und das von ihr zu gebärende Kind, jedes zur Hälfte, zu Erben eingesetzt, für den Fall aber, daß das Kind nicht lebend zur Welt käme, ihre Mutter substituirt hatte. Alsbald nach der Errichtung des Testaments war die Erblasserin gestorben, bevor sie geboren hatte, es war jedoch die Leibesfrucht noch ohngefähr eine Viertelstunde nach deren Tode auf künstlichem Wege zur Welt gebracht worden. Die Mutter der Erblasserin erhob wider den Wittwer die hereditatis petitio unter dem Anführen, daß das Kind ihrer verstorbenen Tochter todt zur Welt gekommen wäre. Die erste und zweite Instanz legten mit Berufung auf den gegenwärtigen § der Klägerin den Beweis ihrer Klage auf. Die dritte Instanz reformirte und forderte von dem Beklagten den Beweis, daß das Kind nach der Trennung von dem Leibe der Mutter gelebt habe, weil der Beklagte den ganzen Nachlaß seiner Ehefrau nach dem § 2269 des B. G.-B. nicht vermöge Accrescenzrechts, sondern nur, wenn das Kind seine Mutter überlebt hätte, vermöge seines Intestaterbrechts an dem Nachlasse seines Kindes in Anspruch nehmen könnte.

Soviel die sog. Vitalität anlangt, so wird dieselbe in dem Sächs. Straf-G.-B. Art. 159 ebenfalls nicht zum Thatbestande der Kindestödtung gerechnet, vielmehr enthält deren Mangel blos einen Milderungsgrund. Uebrigens ist die Frage, ob ein Kind lebensfähig sei, mit der Frage, ob ein Kind aus einem bestimmten Beischlafe herrühre, keineswegs identisch. Die auf die letztere Frage bezüglichen §§ 1771. 1772. 1776. 1859. 1860 des B. G.-B. stehen daher mit dem vorliegenden § nicht in Widerspruch. Für die Bestimmung der Paternität bedurfte es zu Beseitigung der darüber möglichen Zweifel fester Nativitätstermine, während, wenn ein Kind lebend geboren worden ist, darauf etwas nicht ankommen kann, wie lange es im Mutterleibe existirt hat. Denn jeder Mensch beweist seine Existenz durch sich selbst.

---

§ 35. Wenn es bei der Beurtheilung von Rechtsverhältnissen auf die muthmaßliche Lebensdauer einer Person ankommt, so ist

bis zum erfüllten			1sten	Altersjahre eine Lebensdauer von noch			35	Jahren,
=	=	=	2ten	=	=	=	41	=
=	=	=	10ten	=	=	=	44	=
=	=	=	15ten	=	=	=	41	=
=	=	=	20sten	=	=	=	38	=
=	=	=	25sten	=	=	=	35	=
=	=	=	30sten	=	=	=	32	=
=	=	=	35sten	=	=	=	28	=
=	=	=	40sten	=	=	=	25	=
=	=	=	45sten	=	=	=	22	=
=	=	=	50sten	=	=	=	19	=

bis zum erfüllten	55sten	Altersjahre eine Lebensdauer von noch	16	Jahren,
= = =	60sten	= = = = =	13	=
= = =	65sten	= = = = =	10	=
= = =	70sten	= = = = =	8	=
= = =	75sten	= = = = =	6	=
= = =	80sten	= = = = =	5	=
= = =	85sten	= = = = =	4	=
= = =	90sten	= = = = =	3	=
= = =	100sten	= = = = =	2	=
= = nach dem	100sten	= = = = =	1	Jahre

zu vermuthen.

Motive. Ueber die präsumtive menschliche Lebensdauer enthielt die l. 68 pr. D. ad leg. Falcid. mehrere specielle Bestimmungen. Indessen harmonirten diese nicht mit den Resultaten, welche genaue statistische Nachrichten über die Sterblichkeit der Menschen ergeben hatten und, was für den Zustand unseres bisherigen Rechts am nachtheiligsten wirkte, es war bestritten, ob die angegebene l. 68 pr. D. ad leg. Falcid., welche nur von der Veranschlagung der auf die Lebenszeit einer Person hinterlassenen Vermächtnisse zum Zwecke des Abzuges der falcidischen Quart handelte, über die in ihr enthaltenen Fälle zu extendiren wäre und in Verhältnissen zur Anwendung kommen konnte, für welche sie nicht durch specielle Gesetze ausdrücklich für anwendbar erklärt worden war.

Der vorliegende § giebt eine nach den genauesten statistischen Nachrichten ausgearbeitete Mortalitätstabelle[1], welche überall da gelten soll, wo, in Ermangelung einer anderen Bestimmung, die präsumtive Lebensdauer eines Menschen in Frage kommt. Die in dieser Tabelle aufgestellten Intervallen sind um deswillen kürzer gefaßt, als in der oben angegebenen l. 68 pr. D. ad leg. Falcid., weil sich die bei jedem Intervalle angegebene präsumtive Lebenszeit, welche nicht blos von dem Alter allein abhängt, sondern auch durch andere Verhältnisse bedingt ist, nur auf diese Weise der Wirklichkeit am besten anpassen ließ. In dem Gesetzbuche ist auf die Mortalitätstabelle wiederholt Bezug genommen, z. B. §§ 1522. 2483. 2624 des Entwurfs (§§ 1492. 2449. 2591 des B. G.-B.).

Die im vorstehenden § aufgestellte muthmaßliche menschliche Lebensdauer ist selbstverständlich für die Fälle, in welchen es sich darum handelt, ob eine Person gestorben oder für todt zu halten sei, nicht maßgebend, vielmehr müssen in diesen Fällen entweder der Tod oder die Voraussetzungen der Todeserklärung in §§ 37—44 oder auch der Vermuthung in § 45 nachgewiesen werden.

---

§ 36. Die Rechtsfähigkeit endigt mit dem Tode.

Daß Derjenige, welcher den Tod eines Menschen behauptet, soweit nicht die Vorschriften in §§ 37—45 des B. G.-B. maßgebend sind, den Beweis zu führen habe, um das Recht, welches er hierauf gründet, zugesprochen zu erhalten, versteht sich nach den über die Beweispflicht geltenden allgemeinen Grundsätzen von selbst. Wie dieser Beweis

1. Diese Mortalitätstabelle hat der Geheime Justizrath Dr. Siebdrat ausgearbeitet.

beschaffen sein müsse, dieß näher anzugeben, gehört nicht hierher und nur so viel mag hier bemerkt werden, daß an den speciellen Vorschriften über den Beweis des Todes eines Ehegatten zum Zwecke der anderweiten Verheirathung des andern Ehegatten[1] durch das B. G.=B. etwas nicht geändert worden ist.

Von der im vorstehenden § aufgestellten Regel enthält der § 2246 des B. G.=B. nicht eine Ausnahme, wie sich aus dem zu dem letzteren § Gesagten ergiebt.

Ueber die Frage, auf welche Weise juristische Personen zu existiren aufhören, ist der § 56 des B. G.=B. zu vergleichen.

Auf die Frage, mit welchem Zeitpunkte ein einer juristischen Person zustehender Nießbrauch, dem Falle des Todes einer physischen Person ähnlich, erlöscht, bezieht sich der § 656 des B. G.=B.

Ueber die sog. Commorienten wird in § 2007 des B. G.=B. das Nöthige bestimmt.

Mit dem Tode eines Menschen endigt dessen Rechtsfähigkeit. Von dieser Regel giebt es keine Ausnahme. Was man dafür zu halten versucht sein könnte, findet theils in öffentlichen Rücksichten, z. B. die Beerdigung eines Todten, die Strafbarkeit der Beraubung eines Leichnams, theils in den Verhältnissen der Erben zu der Erbschaft, z. B. die Bestrafung der Beleidigungen gegen einen Todten, seine Erklärung und Rechtfertigung.

---

§ 37. Der Tod einer Person wird vermuthet, wenn sie verschollen und eine Todeserklärung erfolgt ist.

Nach diesem § begründet die Todeserklärung eines Verschollenen nur eine Vermuthung des Todes desselben. Hiermit in Uebereinstimmung steht der § 44, zu welchem das Nähere über diese Vermuthung gesagt werden wird. Der Begriff der Verschollenheit, wie er in §§ 38—41 genauer festgestellt ist, differirt wesentlich von dem der Abwesenheit, von welcher in §§ 1990—1994 des B. G.=B. gehandelt wird. Von der Todeserklärung ist hier nur in so weit die Rede, als sie auf das materielle Recht von Einfluß ist, während alles Processualische ausgeschlossen und der bürgerlichen Proceßordnung überlassen worden ist.

---

§ 38. Als verschollen gilt Derjenige, von dessen Leben seit zwanzig Jahren weder durch ihn, noch durch einen Anderen Nachricht vorhanden ist. Der Zeitraum der zwanzig Jahre ist von der letzten Nachricht, und wenn diese in die Minderjährigkeit des Abwesenden fällt, von der Volljährigkeit an zu rechnen.

Motive. In Beziehung auf die Frist, nach deren Verlauf eine in unbekannter Abwesenheit lebende oder verschollene Person für todt erklärt werden kann, sind in diesem und dem folgenden § die Bestimmungen des Mandates, die Verkürzung der curae absentium und deren Vermögensadministrationen betreff., v. 13. November 1779 in Verbindung mit dem Rescripte v. 21. September 1780 und dem Mandate, die Grundsätze der gesetzlichen Allodialerbfolge und mehrere Bestimmungen über einige damit in Verbindung stehende Rechtsverhältnisse enthaltend, v. 31. Januar 1829, § 27, lediglich mit der Modification wiederholt, daß, wenn die letzte Nachricht von dem Leben des Verschollenen in dessen Minderjährigkeit fällt, die zwanzigjährige Frist erst mit der Volljährigkeit beginnt. In

1. Man vergl. Weber, Kirchenrecht, Bd. 2, S. 1292.

den darauf folgenden zwei §§ ist für Fälle, in welchen Jemand unter Verhältnissen verschollen ist, die eine große Wahrscheinlichkeit des Todes begründen, eine fünfjährige Frist festgestellt, nach deren Ablauf der Tod vermuthet werden soll.

Die Worte „weder durch ihn, noch durch einen Anderen" haben die Bestimmung, den Begriff des Verschollenseins auf das Nichtvorhandensein einer Nachricht über das Leben des Abwesenden zu beschränken; es soll also, wenn nur eine Nachricht vorhanden ist, darauf Etwas nicht ankommen, von wem, an wen, wie sie (mündlich oder schriftlich) gegeben worden ist. Nur würde vorauszusetzen sein, daß, wenn die Nachricht von einem Dritten herrührte, sie nicht auf bloßen Wahrscheinlichkeitsannahmen oder Vermuthungen beruhen dürfte. Vieles wird hier von dem umsichtigen Ermessen des Richters abhängen; auch ist es denkbar, daß über die Glaubwürdigkeit einer vorhandenen Nachricht summarische Erörterungen angestellt werden können. Eine Todeserklärung gleichsam zur Strafe der bloßen Unterlassung des Briefschreibens an die nächsten Verwandten ist natürlich ausgeschlossen.

Für die Berechnung der im § angegebenen zwanzigjährigen Frist, wie für die in dieser Lehre sonst vorkommenden Fristen, sind die Vorschriften in §§ 82—87 des B. G.-B. maßgebend.

---

§ 39. Als verschollen gilt Derjenige, von dessen Leben seit fünf Jahren keine Nachricht vorhanden ist, wenn er vor oder während dieser Zeit das siebenzigste Lebensjahr erfüllt hat.

Dieser § wiederholt die Vorschrift in dem Befehl v. 16. Juni 1790 (C. A. C. II. 1. 503). Hiernach gilt eine Person, welche erst nach erfülltem siebenzigsten Lebensjahre sich entfernt hat, in jedem Falle erst nach einer fünfjährigen Abwesenheit als verschollen.

---

§ 40. Wer in den Krieg gezogen und nicht zurückgekehrt ist, gilt als verschollen, wenn seit fünf Jahren von dem Friedensschlusse an keine Nachricht von seinem Leben vorhanden ist.

Eine solche allgemeine Bestimmung, wie sie der gegenwärtige § aufstellt, fehlte in dem bisherigen Rechte. Die gesetzlichen Vorschriften rücksichtlich Derjenigen, welche dem Lager und der Armee in die Feldzüge von 1812. 1813 gefolgt sind, ingleichen der für diese Fälle bestimmte Zeitpunkt für die Präsumtion des Todes, nämlich der 22. September 1826 (Patent wegen der aus den Feldzügen ꝛc. v. 9. September 1826. G.-S. S. 228 folg. Mandat, die Grundsätze der gesetzlichen Allodial-Erbfolge betreff. v. 31. Jan. 1829, § 27. G.-S. S. 42) behalten ihre Gültigkeit.

---

§ 41. Wer auf einem Schiffe war, während es unterging, oder wer sich in einer anderen dringenden Todesgefahr befand, oder wer im Kriege schwer verwundet wurde, gilt als verschollen, wenn seit fünf Jahren von Zeit der Gefahr oder Verwundung an keine Nachricht von seinem Leben vorhanden ist.

In der Regel wird in den vorausgesetzten Fällen noch irgend ein Umstand vorhanden sein, welcher den Beweis des Todes herzustellen vermag. Der § 41 wird hiernach nur Anwendung finden, wenn keine adminiculirenden Umstände hinzutreten, oder die Be-

theiligten es vorziehen, von dem Beweise des Todes abzusehen und auf Todeserklärung anzutragen.

---

§ 42. Die Todeserklärung eines Verschollenen erfolgt auf Antrag eines Betheiligten.

Dieser § hat nach einer doppelten Richtung hin eine Bedeutung, nämlich erstens, daß die Präsumtion des Todes nur eintritt, wenn eine Todeserklärung vorhergegangen ist, und zweitens, daß mit der Todeserklärung nicht amtshalber, sondern auf Antrag eines Betheiligten zu verfahren ist.

---

§ 43. Die Todeserklärung erfolgt durch richterliches Erkenntniß. Als Todestag gilt der Tag, an welchem die den Antrag auf Todeserklärung begründende zwanzigjährige oder fünfjährige Frist abgelaufen ist.

Motive. Man kann, wenn ein Verschollener für todt erklärt wird, einen doppelten Zeitpunkt als Todestag annehmen, nämlich:

a) den Zeitpunkt der Rechtskraft des im Edictalprocesse gesprochenen Erkenntnisses, und

b) den Zeitpunkt, mit welchem die Präsumtion des Todes in facto eingetreten ist.

Im Preuß. Landrechte und im Oesterr. G.-B. ist der erstere, in Sachsen dagegen in dem Befehle v. 16. Juni 1790 der letztere Zeitpunkt angenommen. Jede dieser gesetzlichen Bestimmungen hat ihre Bedenken. So läßt sich, wenn man den Zeitpunkt unter b) annimmt, nicht verkennen, daß Vieles in der Hand Desjenigen liegt, welcher auf die Todeserklärung anträgt. Denn nach den Angaben, welche der Impetrant über die Zeit der letzten Nachricht von dem Ableben des Verschollenen erstattet, ist wenigstens zum Theil der Zeitpunkt zu bestimmen, mit welchem die Präsumtion des Todes eintritt. Ebenso giebt die Nothwendigkeit der bis zur wirklichen Todeserklärung fortzusetzenden Vermögensverwaltung zu manchen Schwierigkeiten, insbesondere dann Veranlassung, wenn bei der Succession in das Vermögen des Verschollenen unter Vormundschaft stehende Personen concurriren. Dagegen läßt sich gegen den unter a) angegebenen Zeitpunkt sagen, daß derselbe wohlbegründete Erbrechte vereitelt, indem öfters der Fall eintreten kann, daß der Impetrant stirbt, bevor er zum Genusse der Vortheile des ausgebrachten Edictalprocesses gelangt, zumal gewöhnlich erst dann an die Todeserklärung eines Abwesenden gedacht wird, wenn man denselben bei einer Erbfolge oder sonst ausgeschlossen wissen will. Auch kann die Rechtskraft des Erkenntnisses in dem Edictalprocesse durch mancherlei Zufälligkeiten, namentlich durch Mängel in der Form der Ladungen, hinausgeschoben und dadurch das Recht des Impetranten auf die Succession zu nichte gemacht werden.

Bei Abwägung dieser Umstände dürften doch die Nachtheile, welche sich an das Versetzen des Todestages auf die Zeit des im Edictalprocesse gesprochenen rechtskräftigen Erkenntnisses knüpfen, bedeutender sein, als diejenigen, welche aus dem im Befehle v. 1790 angenommenen Principe folgen. Dieses Princip ist aber auch in den Ansichten, welche man in Sachsen über die Todeserklärung eines Verschollenen zeither gehabt hat, begründet. Denn nach diesen hat die

Todespräsumtion stets als von selbst eingetreten gegolten und die Edictalcitation nur die Bedeutung gehabt, den Verschollenen für den natürlich immer möglichen Fall, daß er der Präsumtion ungeachtet doch noch leben sollte, zur Kundgabe zu veranlassen.

In Gemäßheit dessen hat man es in dieser Beziehung bei unserem bisherigen Rechte bewenden lassen.

Die Vorschrift des Befehls v. 16. Juni 1790, daß, wenn die Todeserklärung erfolgt ist, der Tag als Todestag gilt, an welchem die den Antrag auf Todeserklärung begründende zwanzigjährige oder fünfjährige Frist abgelaufen ist, hatte auch das Erbfolgemandat v. 31. Januar 1829, § 27 angenommen[1]. Nach diesem Zeitpunkte richten sich die Erbfolge in das Vermögen des Verschollenen und alle Fragen, welche das Aufhören der an das Leben des Verschollenen gebundenen Leistungen betreffen, z. B. Alimente, Auszugsleistungen. Ueber die Wirkungen, welche die Todeserklärung auf eine etwaige Ehe des Verschollenen hat, sind die §§ 1708—1710 des B. G.-B. zu vergleichen.

---

§ 44. Die Todeserklärung nebst ihren Wirkungen weicht dem Beweise, daß der Verschollene lebt, oder daß er zu einer anderen Zeit, als nach der Todeserklärung angenommen wird, gestorben ist.

Motive. Eine weitere Frage ist die, ob durch die Todeserklärung der Tod des Verschollenen überhaupt und der Todestag insbesondere definitiv festgestellt oder ob dadurch blos eine Vermuthung begründet werde, gegen welche der Beweis des Gegentheils zulässig sei. Unsere bisherige Gesetzgebung war in dieser Beziehung nicht erschöpfend. Während nämlich die oben angegebenen Gesetze ziemlich klar von der Voraussetzung ausgehen, daß der Verschollene, wenn er selbst zurückkehrt, sein Vermögen nicht zurückerhalten könne, weil ihm die res judicata entgegenstehe, fehlt es an jedem Anhalten darüber, ob nach erfolgter Todeserklärung eines Abwesenden noch der Beweis, daß derselbe bereits früher verstorben, zulässig sei[2]. Das B. G.-B. hat in dem vorliegenden § die obengedachte Frage, zum Theil im Gegensatze zu unserem bisherigen Rechte, dahin entschieden, daß die Todeserklärung nebst ihren Wirkungen dem Beweise weicht, daß der Verschollene noch lebt, oder daß er zu einer anderen Zeit, als nach der Todeserklärung angenommen wird, gestorben sei.

Hiernach kann der Fall eintreten, daß Derjenige, welcher sich auf Grund der Todeserklärung im Besitze des Vermögens des Verschollenen befindet, wenn der letztere zurückkehrt, diesem, und wenn ein anderer Todestag als der präsumtive

---

1. Das Preuß. Landrecht Th. 2, Tit. 18, §§ 452 folg. und das Oesterr. G.-B. § 24 setzen den präsumtiven Todestag auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des im Edictalprocesse gesprochenen Urtheils. Das Züricher G.-B. §§ 16. 17 hat eine der Sächs. ähnliche Bestimmung. Der Code Napoléon §§ 112 folg. kennt eine Verschollenheit und Todeserklärung gar nicht, sondern blos eine Abwesenheit, auf deren Grund provisorische Einweisung der muthmaßlichen Erben in das Vermögen des Abwesenden stattfinden kann.

2. Nach Biener, systema processus judiciarii P. II. § 288 ed. II. § 289 ed. I, erhält der nach Jahresfrist zurückkehrende Abwesende die Güter, die er zur Zeit seines präsumtiven Todes besessen hat und die den Erben zugesprochen worden sind, nicht zurück, sondern nur diejenigen, die ihm nach jenem Zeitpunkte angefallen sind.

nachgewiesen wird, gleichviel ob dieser ein früherer oder späterer ist, Demjenigen gegenüber zur Herausgabe verpflichtet ist, welcher am wirklichen Todestage zur Succession berechtigt war. Ueber den Umfang dieser Verpflichtung zur Herausgabe bedurfte es keiner besonderen Bestimmungen. Denn kehrt der für todt Erklärte selbst zurück, so genügen die allgemeinen Vorschriften über die Verbindlichkeit Desjenigen, welcher fremdes Vermögen besitzt, und tritt ein Anderer auf, welcher zur Succession berechtigt ist, so finden die Vorschriften über die Erbschaftsklage Anwendung.

Noch ist eine Streitfrage zu erwähnen, deren Beantwortung lediglich von der richtigen Auffassung des Wesens der Todeserklärung eines Verschollenen abhängt, es ist dieß die Frage, ob Erbschaften, welche dem Verschollenen in der Zeit der Ungewißheit seines Lebens angefallen sind, für den Verschollenen und dessen Erben erworben werden. Einige Rechtslehrer, z. B. Lyncker cons. 1. 5, Cropp, in Heise und Cropp, juristische Abhandlungen Bd. 2, Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 4, S. 360 folg., Mühlenbruch, in Glücks Pandectencommentar Bd. 42, S. 462, Schäffer, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. F. Bd. 5, S. 402 folg., verneinen diese Frage; andere, z. B. Kraut, Vormundschaft Bd. 2, S. 253 folg., Bruns, die Verschollenheit, in Beckers und Muthers Jahrbüchern Bd. 1, S. 196 folg., bejahen dieselbe. Da die Todeserklärung nach Sächs. Rechte stets so aufgefaßt worden ist, daß der Verschollene zu der Zeit des Eintritts der Todespräsumtion gestorben sei, aber auch bis dahin gelebt habe, und diese Auffassung namentlich auch dem Institute der Vormundschaft über Abwesende zu Grunde liegt, so ist der bejahenden Meinung, welche nicht allein in Sachsen (man vergleiche Berger, supplementa ad electa discept. for. P. 11, p. 1534, Kind, de successione in bona absentium, Lips. 1776), sondern auch in anderen Ländern die recipirte ist, beizutreten.

Daß die Meinung, der Verschollene sei zur Zeit der Todespräsumtion gestorben, habe aber auch bis dahin gelebt, dem B. G.-B. zu Grunde liegt, beweist nicht allein die Fassung des vorliegenden §, sondern auch die der §§ 1990. 1993. Hiernach wird die Frage, ob eine Erbschaft einem Abwesenden anfällt und ob der für denselben bestellte Vormund zu deren Antretung berechtigt ist, mit nachstehender Unterscheidung zu beantworten sein. Liegt der Erbschaftsanfall vor dem Zeitpunkte, mit welchem die Präsumtion des Todes des Abwesenden begründet ist, so hat der Abwesenheitsvormund das Recht, die Erbschaft anzutreten, ausgenommen wenn bewiesen wird, daß der Abwesende bereits zur Zeit des Erbschaftsanfalls gestorben gewesen sei. Liegt dagegen der Erbschaftsanfall nach jenem Zeitpunkte, so kann der Abwesenheitsvormund die Erbschaft für den als todt zu betrachtenden Abwesenden nicht antreten. Daß in dem ersteren Falle der Erbschaftsantritt durch den Nachweis eines frühern Todes des Abwesenden sich erledigt, und in dem letzteren Falle die Erbschaft noch nachträglich angetreten werden kann, wenn nachgewiesen wird, daß der Abwesende noch lebt, oder erst später, als nach der Todespräsumtion anzunehmen, gestorben ist, erklärt sich aus der Natur der hier in Frage stehenden Präsumtion.

Auch ergiebt sich aus dem Vorstehenden, daß eine anderweite Ehe, welche der Ehegatte des Abwesenden vor dem präsumtiven Todestage geschlossen hat, in Gemäßheit der §§ 1590. 1621, selbstverständlich ohne Präjudiz für die Frage, ob dieselbe als sog. matrimonium putativum gelten kann, nichtig, eine nach diesem Zeitpunkte geschlossene Ehe dagegen gültig ist.

Ob, wenn der für todt Erklärte zurückkehrt, oder ein anderer Todestag, als der präsumtive, nachgewiesen wird, Derjenige, welcher auf Grund der Todeserklärung das

Vermögen des Verschollenen in Besitz genommen hat, sich in bona oder mala fide befindet, ist lediglich quaestio facti. Schwierigkeiten kann die Beurtheilung dieses Falles allerdings bieten, wenn Dritte zu dem Vermögen des Verschollenen gehörige Sachen von dem Erben gekauft, oder von diesem Rechte an Sachen bestellt erhalten haben, oder liberirt worden sind. In dieser Hinsicht wird, nach unserm Dafürhalten, darauf Rücksicht zu nehmen sein, daß der Erbschaftsbesitzer in der Zwischenzeit als Erbe gehandelt hat, und es ist daher unbedenklich, den § 2322 des B. G.-B. auf diesen Fall analog anzuwenden.

Auf den Fall, wenn der Ehegatte nach dem präsumtiven Todestage eine anderweite Ehe geschlossen hat und der verschollene Ehegatte zurückkehrt, bezieht sich der § 1710 des B. G.-B. Das O.-App.-G. hat, namentlich mit Hinsicht auf den gegenwärtigen §, den sog. annus restitutorius bei Todeserklärungen für erledigt und weggefallen angesehen. (Man vergl. Annalen N. F. Bd. 3, S. 461.)

---

§ 45. Geht ein Berechtigter in Bezug auf dasselbe Recht einem anderen Berechtigten vor, oder sind beide neben einander dergestalt berechtigt, daß bei dem Wegfalle des einen der andere allein berechtigt ist, so soll, wenn das Leben des näher oder gleich nahe Berechtigten ungewiß ist, derselbe aber das neunzigste Lebensjahr erfüllt hat, dessen Tod ohne Todeserklärung zu Gunsten des anderen Berechtigten vermuthet werden.

Motive. Dieser § stimmt im Wesentlichen mit dem § 118 des Erbfolgemandates: „Der nach §§ 113. 114. 117 erforderliche Beweis ist dem Kläger in Ansehung solcher Personen zu erlassen, wegen welcher aus den übrigen Umständen sich ergiebt, daß seit ihrer Geburt neunzig Jahre verflossen sind" überein. Diese zweckmäßige Vorschrift, zufolge deren in Fällen, wo sich der Beweis des Todes eines Menschen in der Regel nur höchst schwierig führen läßt, eine Todespräsumtion, auch ohne Todeserklärung, besteht, ist in dem hier fraglichen § nicht blos für das Erbrecht, auf welches sie bisher beschränkt war, anerkannt, sondern auch noch allgemeiner gefaßt worden. Rücksichtlich des Lebensalters, mit welchem die Vermuthung des Todes als begründet zu achten ist, hat man es ebenfalls bei dem Erbfolgemandate gelassen, weil das neunzigste Lebensjahr dasjenige ist, welches nach den statistischen Nachrichten über die Sterblichkeit der Menschen bei uns zwar erreicht werden kann, aber selten erreicht wird und daher zwischen den gewöhnlich angenommenen Lebensstufen, dem siebenzigsten und hundertsten Jahre, die Mitte hält. Uebrigens zeigt schon die Fassung des vorstehenden § an, daß es sich hier ebenfalls blos um eine Vermuthung handelt, gegen welche der Gegenbeweis zuläßig ist.

Die in diesem § aufgestellte Vermuthung unterscheidet sich von der durch die Todeserklärung begründeten in wesentlichen Punkten. Zunächst beschränkt sie sich blos auf die Fälle, wo ein Berechtigter in Beziehung auf dasselbe Recht einem andern Berechtigten vorgeht, oder zwei Personen dergestalt berechtigt sind, daß beim Wegfall des einen der andere allein berechtigt ist. Sie tritt daher z. B. ein im Erbrecht zur Erleichterung der Erblegitimation, ferner in den Fällen des jus accrescendi der Erben und Vermächtnißnehmer (§§ 2269—2272. 2431—2433 des B. G.-B.), auch wenn Ehegatten ein Auszug in der Weise bestellt worden wäre, daß derselbe nach dem Tode des einen Ehegatten

dem andern allein zukommen soll. Aber es würde z. B. von derselben kein Gebrauch zu machen sein, wenn blos einer Person ein Auszug auf Lebenszeit zukäme, vielmehr würde in diesem Falle die Vorschrift in §§ 461. 509 des B. G.=B. zur Anwendung kommen. Sodann setzt die Vermuthung des Todes in diesem § nicht eine Abwesenheit der Person voraus, deren Tod präsumirt wird, sondern blos den Ablauf von 90 Jahren nach deren Geburt. Doch ist nicht unbedingt nöthig, daß der Tag der Geburt nachgewiesen wird, vielmehr würde es genügen, wenn nachgewiesen würde, daß die fragliche Person zu irgend einer Zeit gelebt hätte und seitdem 90 Jahre verflossen wären. Wie sich aus dem Vorstehenden ergiebt, so werden Fälle, in welchen auf diese Präsumtion gegründete Rechte durch den Nachweis des Gegentheils wieder aufgehoben werden, nicht leicht vorkommen, zumal 90 Jahre ein solches Alter sind, welches nur sehr selten überschritten wird. Kämen aber dergleichen Fälle vor, so würden sie nach den S. 84 folg. angegebenen Grundsätzen zu beurtheilen sein.

---

§ 46. Die Verschiedenheit des Geschlechts begründet in der Regel keine Verschiedenheit der bürgerlichen Rechte. Eine Person, deren Geschlecht zweifelhaft ist, wird dem bei ihr vorherrschenden Geschlechte beigezählt.

Motive. Soviel die in diesem § ausgesprochene Regel, „daß die Verschiedenheit des Geschlechts keine Verschiedenheit der bürgerlichen Rechte begründet", betrifft, so steht damit nicht im Widerspruche, daß das Gesetzbuch mehrere besondere Vorschriften für die Frauenspersonen, z. B. §§ 1448. 1600. 1620. 1681 —1685. 1918 unter Nr. 1, § 2136 des Entwurfs (§§ 1419. 1570. 1589. 1650—1654. 1885. 2102 des B. G.=B.) enthält. Diese Vorschriften finden ihre Rechtfertigung in der natürlichen Verschiedenheit beider Geschlechter, in den daraus fließenden Ansichten über Anstand und Sittlichkeit und in den nothwendigen Rücksichten auf das schwächere weibliche Geschlecht. Sie erscheinen aber immer blos als jura singularia, durch welche an dem allgemeinen Grundsatze, daß für beide Geschlechter gleiches Recht gilt, etwas nicht geändert wird.

Bei dieser Gelegenheit mag zugleich erwähnt werden, daß das B. G.=B. die Geschlechtsvormundschaft, welche (mit Vorbehalt der ehelichen Vormundschaft und der väterlichen Gewalt) durch das Gesetz v. 8. Januar 1838 § 1. 2. 4 (G.= u. V.=Bl. S. 23) zum allgemeinen Besten und im Geiste des Christenthums aufgehoben worden ist, nicht wieder eingeführt hat. Dieses Institut war, so wie es sich in Sachsen gestaltet hatte, zwecklos und unzureichend, auch in so fern oft nachtheilig, als es zu allerhand anstößigen Verbindungen, zu Erbschleichereien und zum Winkelprakticiren benutzt wurde. Hätte die Geschlechtsvormundschaft einen Zweck haben sollen, so wäre sie nach Analogie der Vormundschaft über Minderjährige zu bilden gewesen; hierzu aber war kein praktisches Bedürfniß vorhanden und ohne dieses einen Versuch mit einer so ganz neuen Einrichtung zu machen, wäre doch, namentlich bei der großen Anzahl von Personen, welche dadurch ihre Dispositionsfähigkeit verloren hätten und unter Vormundschaft gestellt worden wären, ein zu bedenklicher und gefährlicher Schritt gewesen. Zudem haben sich zur Zeit für die Wiedereinführung der Geschlechtsvormundschaft nur sehr vereinzelte Stimmen erhoben.

Der Schlußsatz, nach welchem das Geschlecht eines Hermaphroditen nach den Merkmalen des bei ihm vorherrschenden Geschlechtes zu bestimmen ist, enthält unser bisheriges Recht (l. 10 D. de statu hom. l. 15 § 1 D. de test.).

Die Frage, ob es ganz geschlechtslose Menschen geben kann, ist keine juristische, sondern eine medicinische. Käme ein solcher Fall vor, so würde der geschlechtslose Mensch der Rechte nicht theilhaftig sein, welche mit einem bestimmten Geschlechte verbunden sind. Indessen ist es überflüssig, sich mit dieser Frage, welche seit der Erschaffung der Welt noch nicht entstanden ist, zu befassen. Für die Gesetzgebung ist hier kein Feld.

---

§ 47. Das Kindesalter dauert bis zum erfüllten siebenten Lebensjahre, die Minderjährigkeit bis zum erfüllten einundzwanzigsten Lebensjahre.

Motive. Zunächst ist hier auf einen Sprachgebrauch aufmerksam zu machen, welcher durch das ganze Gesetzbuch festgehalten worden ist. Wie bekannt entspricht das deutsche Wort „Kinder" einmal dem römischen „infantes" und sodann dem römischen „liberi". Um Zweifel, welche aus dieser doppelten Bedeutung des Ausdruckes „Kinder" leicht entstehen können, zu vermeiden, hat das Gesetzbuch in den Fällen, wo es sich um die Rechte der Kinder im Sinne des römischen infantes handelt, die Wendung „Personen, welche im Kindesalter stehen" und in den Fällen, wo von dem Verhältnisse der Kinder zu den Eltern die Rede ist, das Wort „Kinder" gebraucht.

Die Feststellung der Grenze des Kindesalters auf das siebente Jahr stimmt mit dem zeitherigen Rechte überein (v. Savigny, System Bd. 3, S. 32 folg., Böcking a. a. O., § 38 unter Nr. 1, S. 151 folg.).

In dem B. G.-B. wird blos zwischen Volljährigen und Minderjährigen unterschieden.[1] Der römische Unterschied zwischen Unmündigen und Minderjährigen in specie hat in unserem gegenwärtigen Rechte fast gar keine Bedeutung mehr. Schon die Vormundschaftsordnung v. 10. October 1782 macht diesen Unterschied nicht, sondern gebraucht die Worte „Unmündige" und „Minderjährige" promiscue und deren Vorgange ist bei uns in Sachsen der Sprachgebrauch im gemeinen Leben und in juristischen Schriften gefolgt. Dieser Sprachgebrauch würde insbesondere auch dann entscheidend sein müssen, wenn Jemandem Alimente „bis zu seiner Mündigkeit" vermacht würden, indem so lange, als nicht nachgewiesen werden könnte, daß der Testator eine andere Altersstufe gemeint, insbesondere die römische pubertas im Sinne gehabt hätte, angenommen werden müßte, daß die Alimente bis zur Volljährigkeit des Honorirten zu gewähren seien.

Ueber die Volljährigkeitserklärung (venia aetatis) finden sich die erforderlichen Vorschriften §§ 1999—2004 des Entwurfs (§§ 1967—1971 des B. G.-B.). Nur soviel mag hier bemerkt werden, daß, vermöge einer Uebereinkunft zwischen der Sächs. und Preuß. Regierung eine von der Behörde des Landes, in welchem ein Minderjähriger seinen Wohnsitz hat (wo die Hauptvormundschaft anhängig ist) ertheilte venia aetatis in beiden Ländern die Rechte der Volljährigkeit verschaffen soll. (Declaration, die von des Königs von Sachsen Majestät mit dem königl. Preuß. Hofe wegen der wechselseitigen Anerkennung der Volljährigkeitserklärungen getroffene Uebereinkunft betreff., vom 3. März 1822, G.-S. S. 185 folg.)

---

1. Das Preuß. Landrecht Th. 1, Tit. 1 § 25 und das Oesterr. G.-B. § 21 unterscheiden noch zwischen Mündigkeit und Minderjährigkeit. Dagegen kennt der Code Napoléon in § 388 blos die Minderjährigkeit, welche, ohne Unterschied des Geschlechtes, bis zum erfüllten einundzwanzigsten Lebensjahre dauert.

Uebrigens ist in Beziehung auf den Volljährigkeitstermin unser zeitheriges Recht, nach welchem der Anfang der Volljährigkeit, ohne Unterschied des Geschlechtes, mit dem erfüllten einundzwanzigsten Lebensjahre eintritt, beibehalten worden.[1]

Das B. G.-B. knüpft die Fähigkeit zu gewissen juristischen Handlungen auch an andere Lebensstufen, als die der Volljährigkeit, z. B. §§ 787. 1570. 1589. 1791. 1794. 1885 unter Nr. 2, §§ 1968. 2113 des B. G.-B. Indessen sind dieß immer blos Ausnahmen, welche nicht bedeutend genug erscheinen, um zur Regel erhoben zu werden.

Das B. G.-B. kennt keine bestimmte Grenze für das Greisenalter (senectus). Was § 1791 über die Fähigkeit zur Adoption und § 1897 unter Nr. 2, über das Recht, die Uebernahme einer Vormundschaft abzulehnen, bestimmt ist, kann dafür selbstverständlich nicht gelten.

---

§ 48. Verwandte sind Personen, von welchen die eine von der anderen abstammt, oder welche von demselben Dritten abstammen. Die letzteren sind vollbürtige oder halbbürtige Verwandte, je nachdem sie von demselben Ehepaare abstammen oder nur einen gemeinschaftlichen Stammvater oder nur eine gemeinschaftliche Stammmutter haben.

Motive. Die mehrfache Verwandtschaft, welche sich aus einer Mehrzahl von Rechtsgründen ergiebt, z. B. wenn bereits die Eltern verwandt sind, oder wenn mehrere unter sich verwandte Personen sich successiv mit derselben dritten Person verheirathen, oder wenn mehrere unter sich verwandte andere unter sich verwandte Personen heirathen, ist in §§ 2066 und 2090 des Entwurfs (§§ 2032. 2056 des B. G.-B.) berücksichtigt.

Hier ist nur von der natürlichen Verwandtschaft die Rede; von der durch Annahme an Kindesstatt begründeten künstlichen oder juristischen wird in §§ 1787—1800. 2032. 2044—2048 des B. G.-B. gehandelt.

Für den Begriff der Verwandtschaft, wie er in dem ersten Satze dieses § aufgestellt wird, ist es gleich, ob die Zeugung, durch welche die Verwandtschaft entsteht, eine eheliche oder außereheliche ist. Diese Arten der Verwandtschaft unterscheiden sich zwar wesentlich in ihren rechtlichen Folgen; die natürliche Verwandtschaft aber, als das Verhältniß der Personen, welche vermöge der Zeugung durch eine Gemeinschaft des Blutes vereinigt sind, setzt nicht nothwendig eine eheliche Zeugung voraus.

Der Unterschied zwischen vollbürtiger und halbbürtiger Verwandtschaft, von dem der zweite Satz des gegenwärtigen § handelt, hat blos Einfluß auf das Intestaterbrecht (§§ 2020. 2031. 2040 des B. G.-B.). Das B. G.-B. faßt die vollbürtige Verwandtschaft nicht als mehrfache Verwandtschaft auf, wie sich aus einer Vergleichung des § 2031 mit

---

1. Bekanntlich endigt die Minderjährigkeit nach Preuß. und Oesterr. Rechte mit dem vierundzwanzigsten Lebensjahre. Der Code Napoléon stimmt in dieser Hinsicht mit unserem Rechte überein. Bereits durch ein Gesetz v. 20. September 1790 war für ganz Frankreich das einundzwanzigste Lebensjahr als Termin der Volljährigkeit festgesetzt und dadurch der ungewisse Rechtszustand, welcher in Frankreich bis dahin in so fern geherrscht hatte, als in den Provinzen des droit écrit die Minderjährigkeit bis zum fünfundzwanzigsten Lebensjahre gedauert hatte, in den pays des coutûmes dagegen die Volljährigkeit wenigstens in der Regel schon mit dem einundzwanzigsten Lebensjahre eingetreten war, beseitigt worden.

dem § 2032 ergiebt, indem der § 2031 auch selbst in der vierten Classe gilt, ungeachtet in dieser nach Köpfen geerbt wird, und nach § 2032 die mehrfache Verwandtschaft nicht berücksichtigt wird, selbst wenn nach Köpfen geerbt wird.[1]

---

§ 49. Die Grade der Verwandtschaft zwischen zwei Personen werden nach der Zahl der in der Mitte liegenden Zeugungen bestimmt. In der geraden Linie zählt man so viele Grade, als es Zeugungen giebt, mittelst welcher die eine Person von der anderen abstammt. In der Seitenlinie zählt man die Grade nach der Zahl der Zeugungen von einem Verwandten bis zum gemeinschaftlichen Vorfahren und von diesem bis zum anderen Verwandten.

Motive. Man hat der computatio civilis als der einfacheren und gewöhnlicheren vor der computatio canonica den Vorzug gegeben. Das Preuß. Landrecht Th. 1, Tit. 1 § 45 und das Oesterr. G.-B. § 41 haben ebenfalls die computatio civilis.

---

§ 50. Schwägerschaft ist das Verhältniß zwischen einem Ehegatten und den Verwandten des anderen Ehegatten. In welcher Linie und in welchem Grade Jemand mit einem Ehegatten verwandt ist, in eben der Linie und in eben dem Grade ist er mit dem anderen Ehegatten verschwägert.

Motive. Diejenige Schwägerschaft, welche durch außerehelichen Beischlaf entsteht, ist § 1644 des Entwurfs (§ 1613 des B. G.-B.) berücksichtigt. Einen dahin gehenden Satz, daß die Schwägerschaft mit der sie begründenden Ehe erlösche, hat man nicht aufgenommen, weil erstens die Schwägerschaft auch dann noch als Eheverbot fortwirkt und man zweitens der proceßrechtlichen Frage, in wie weit auch dann noch bei Beurtheilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen auf die Affinität ein Gewicht zu legen sei, nicht hat vorgreifen wollen.

Man hat die bekannte Streitfrage, ob das verwandtschaftliche Verhältniß der Ehegatten untereinander, unter den Begriff der Schwägerschaft (Affinität) falle, auch auf das B. G.-B. übertragen wollen. Diese Streitfrage kann einen doppelten Sinn haben, erstens, paßt der Ausdruck „Schwägerschaft" auf das gegenseitige Verhältniß der Ehegatten zueinander? und zweitens, würde, wenn von „Affinen" oder „Schwägern und Schwägerinnen" eines Ehegatten die Rede wäre, darunter auch der andere Ehegatte zu verstehen sein? In beiden Beziehungen dürfte die Frage zu verneinen sein, weil die Ansichten des Lebens und der Sprachgebrauch entgegenstehen. Freilich wäre es denkbar, daß, wenn die Verwandten eines Ehegatten in Blutsverwandte und Affine eingetheilt worden wären, und anzunehmen wäre, es hätte zu den Verwandten auch der andere Ehegatte gezählt werden sollen, der letztere zu den Affinen zu rechnen sein könnte. Allein dieß würde in jedem Falle einen besonderen Beweis erfordern und es wäre auch nicht einmal ausgeschlossen, daß der andere Ehegatte in einem solchen Falle unter den Blutsverwandten begriffen

---

1. Der sog. respectus parentelae begründet nach § 1609 des B. G.-B. blos ein Ehehinderniß.

sein könnte. Die ganze Streitfrage ist daher eine rein doctrinäre und eine für das praktische Leben werthlose.

Das Wort „Linie" hat in diesem § dieselbe Bedeutung, wie im vorigen, nämlich erstens gerade Linie, und zweitens Seitenlinie.

---

§ 51. Die Verschiedenheit der Religion und des Standes begründet in der Regel keine Verschiedenheit der bürgerlichen Rechte.

(Man vergleiche zu diesem § Dep.-Vorber. d. II. Kammer, Landt.-Act., Beil. z. 3. Abth. 3. Bd. S. 421 folg. Bericht derselben Deputation, den mittelst ꝛc. betreff., Beil. z. 3. Abth. 3. Bd. S. 753 folg. insbesondere S. 775 unter Nr. 14 und S. 785 folg.).

Motive. Dieser § stellt blos im Allgemeinen die Regel auf, „daß die Verschiedenheit der Religion und des Standes auf die bürgerlichen Rechte keinen Einfluß hat". In ihrer besonderen Beziehung auf die bürgerlichen Rechte gehörte sie allerdings in das B. G.-B. und wenn sich dieselbe auch ohnedem aus dem letzteren selbst, zugleich mit den davon gemachten einzelnen Ausnahmen, ergeben haben würde, so hielt man doch für angemessener, einen hierauf bezüglichen allgemeinen Satz hier aufzustellen. Dabei ist noch Nachstehendes zu erwähnen. Soviel

1) die Religion betrifft, so gewährt die christliche Religion, wie sie in den in Sachsen aufgenommenen christlichen Kirchengesellschaften repräsentirt wird, nach dem ersten Satze des § 33 der Verfassungsurkunde allein den Vollgenuß aller staatsbürgerlichen Rechte. Die Mitgliedschaft in einer dieser christlichen Kirchengesellschaften ist daher die Regel, von welcher das B. G.-B. ausgehen und nach welcher dasselbe seine Bestimmungen treffen mußte. Dagegen nehmen Alle, welche nicht Mitglieder einer jener christlichen Gesellschaften sind, in Sachsen eine Ausnahmestellung ein und es können dieselben, wie auch im zweiten Satze des § 33 der Verfassungsurkunde ausdrücklich gesagt wird, an den staatsbürgerlichen Rechten nur in so weit Theil nehmen, als dieß durch besondere Gesetze gestattet wird. Angehend

2) den Stand, so bedarf es nicht wohl erst der Bemerkung, daß, soweit nach dem öffentlichen Rechte mit der Geburt oder mit der bürgerlichen Stellung gewisse Befugnisse verbunden sind, daran durch die eben blos auf das Privatrecht bezügliche Vorschrift dieses § etwas nicht hat geändert werden sollen.

Dieser § und die Motiven zu demselben erlitten, trotzdem, daß ihnen jede religiöse Unduldsamkeit fern liegt, Widerspruch von Seiten des Gemeinderathes der israelitischen Religionsgemeinde zu Dresden und der Vorsteher der israelischen Religionsgemeinde in Leipzig, welche sich mit einer von ihnen unterzeichneten Petition v. 30. April 1861 an die Ständeversammlung wendeten. Darin sagten dieselben, es sei in dem B. G.-B. des Verhältnisses der inländischen Juden nicht gedacht, diese befänden sich in Sachsen gesetzlich im Genusse aller bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte. Dieß besage die Verordnung, die Ausführung einiger Bestimmungen der Grundrechte des deutschen Volks betreff., v. 20. April 1849 (G.- u. V.-Bl. S. 65 folg.) sub VI[1] ausdrücklich und wennschon durch das Gesetz, die Aufhebung der zu Publication der deutschen Grundrechte

1. Diese Gesetzstelle lautet: „Durch § 16 der Grundrechte ꝛc. ist die völlige Gleichstellung der Sächs. Juden mit den Christen hinsichtlich des Genusses bürgerlicher und staatsbürgerlicher Rechte ausgesprochen und alle entgegenstehenden Bestimmungen sind aufgehoben. Zugleich treten

ergangenen Verordnung v. 2. März 1849 betreff. v. 12. Mai 1851 (G.- u. V.-Bl. S. 127 folg.) jene Verordnung im Wesentlichen außer Kraft gesetzt worden sei, so habe dennoch nach § 3 die auf die inländischen Juden bezügliche Bestimmung ihre fortdauernde Geltung behalten[1]. Auch die Ausnahmen, welche in dem B. G.-B. von der Regel des § 53 des Entwurfs gemacht seien, ließen sich nicht rechtfertigen. Das Verbot der Ehe zwischen Christen und Personen, welche sich nicht zur christlichen Religion bekennen, in § 1648 des Entwurfs (§ 1617 des B. G.-B.) enthalte eine Consequenz der Bestimmung in § 1619 des Entwurfs (§ 1588 des B. G.-B.), wonach die Ehe als ein kirchliches Institut betrachtet werde, diese letztere Bestimmung müsse aber, da sie die Ehen zwischen Christen und Juden hindere, beseitigt und an die Stelle der zeitherigen kirchlichen Form der Eingehung der Ehe das Institut der Civilehe gesetzt werden. Die §§ 1640 und 1641 des Entwurfs (§§ 1609. 1610 des B. G.-B.) könnten auf die Juden, da nach deren Glaubenssätzen die dort angegebenen Eheverbote nicht gelten, nicht angewendet werden. Den Juden sei es wünschenswerth, daß die Scheidung der jüdischen Ehen nicht mehr, wie bisher durch die betreffenden Untergerichte, sondern durch die Appellationsgerichte, als Ehegerichte, jedoch unter Berücksichtigung der besonderen jüdischen Glaubenssätze bewirkt werde. Wenn der § 1918 des Entwurfs unter Nr. 4 (§ 1885 des B. G.-B.) die inländischen Juden zu Uebernahme von Vormundschaften über Christen für unfähig erkläre, so lasse sich dieß wenigstens in dieser Allgemeinheit nicht rechtfertigen, weil es denkbar sei, daß ein christlicher Minderjähriger einen Juden zum Großvater habe und dieser doch gewiß zu Uebernahme der Vormundschaft über seinen Enkel der Geeignetste sein könne.

Diese Petition, welche auf der einen Seite in Bezug auf die Eheschließung jeden Unterschied des Glaubensbekenntnisses verwarf, auf der andern Seite in Beziehung auf Eheverbote und Ehescheidungen die besonderen Sätze des jüdischen Kirchenrechts anerkannt wissen wollte, hatte nur theilweise einen Erfolg. Soviel die Bedenken gegen den vorliegenden § anlangt, so waren Regierung und Stände darüber einverstanden, daß durch denselben die Frage, in wie weit inländische Juden der staatsbürgerlichen Rechte theilhaftig sind, nicht präjudicirt werden könne und solle, es aber des Beisatzes „in der Regel" schon aus dem Grunde bedürfe, weil hinsichtlich der Juden, welche nicht Sächs. Staatsbürger sind[2], sowie hinsichtlich anderer Nichtchristen, z. B. der Muhamedaner und Heiden, allerdings Ausnahmen fortbestehen. Der § 1619 des Entwurfs (§ 1588 des B. G.-B.) wurde nicht geändert und dadurch erledigte sich der Widerspruch gegen das Ehe-

---

aber auch die inländischen Juden in alle staatsbürgerliche Pflichten ein und dürfen sich der Erfüllung keiner derselben auf Grund ihres Glaubens entziehen. Dagegen bleibt es bis zu vollständiger Ordnung der Reciprocitätsverhältnisse rücksichtlich der Niederlassung, des Aufenthalts und des Gewerbebetriebs derjenigen Juden, welche Ländern angehören, in denen die Grundrechte nicht gelten, bei den zur Zeit bestehenden Bestimmungen, soweit dieselben nicht durch die in § 18 des Zollvertrags für alle Zollvereinsunterthanen zugesicherte Gleichheit der Behandlung ebenfalls für aufgehoben zu achten sind".

1. Dieser § lautet: „Hinsichtlich der Strafe der körperlichen Züchtigung, sowie hinsichtlich der Verhältnisse derjenigen Juden, welche Sächs. Unterthanen sind, bewendet es zur Zeit und, was die Juden betrifft, bis zu einer allgemeinen gesetzlichen Regulirung der Verhältnisse derselben, bei dem, was in der Ausführungsverordnung v. 20. April 1849, § IV u. VI geordnet und verfügt worden ist".

2. Ueber die Aufnahme ausländischer Juden in den Sächs. Unterthanenverband ist zu vergleichen das Gesetz, über Erwerbung und Verlust des Unterthanenrechts im Königr. Sachsen v. 2. Juli 1852 § 13. Man vergl. auch Verordnung die Ausführung der norddeutschen Bundesverfassung u. s. w. v. 5. Juli 1867 unter Nr. 6.

verbot in § 1648 des Entwurfs (§ 1617 des B. G.=B.), doch wurde dabei ausdrücklich bemerkt: „Da nach § 15 des Entwurfs (§ 13 des B. G.=B.) Eingehung und Auflösung der Ehe nach den Gesetzen des Staates beurtheilt würden, welchem der Ehemann angehöre, so sei allerdings die rechtliche Wirkung einer im Auslande gültiger Weise von einem Ausländer geschlossenen Ehe, die nach Sächs. Rechte nicht geschlossen werden könne, auch in Sachsen anzuerkennen, wenn der frühere Ausländer sich nach Sachsen wende". Den Bedenken gegen §§ 1640. 1641 des Entwurfs (§§ 1609. 1610 des B. G.=B.) wurde durch folgenden Zusatz zu § 1650 des Entwurfs (§ 1619 des B. G.=B.): „oder Ehehindernisse, bei welchen Nachsichtsertheilung zulässig ist", abgeholfen. Zu § 1743 des Entwurfs (§ 1712 des B. G.=B.) wurde der Feststellung im Verordnungswege überlassen, daß die jüdischen Ehescheidungen vor den Appellationsgerichten zu verhandeln, dabei aber Rabbiner zuzuziehen und von diesen nach erfolgten Scheidungen die Scheidebriefe auszufertigen wären. Endlich wurde der Passus in § 1918 des Entwurfs (§ 1885 des B. G.=B.) unter Nr. 4 gestrichen.

Soviel den in diesem § erwähnten Stand anlangt, so ist bereits in den speciellen Motiven bemerkt, daß, soweit nach dem öffentlichen Rechte mit der Geburt oder mit der bürgerlichen Stellung gewisse Befugnisse verbunden sind, durch das B. G.=B. daran etwas nicht geändert worden ist. So bewendet es z. B. bei dem Grundsatze, daß von einer Wittwe oder geschiedenen Ehefrau geborene außereheliche Kinder an dem Stande und Range des gestorbenen oder geschiedenen Ehemannes keinen Theil haben, auch dessen Familiennamen nicht führen (§§ 1801. 1874[1]) und daß die außerehelichen Kinder den Adelsstand ihrer Mutter nicht erwerben. Blos auf der innern Verfassung des Staates beruhende persönliche Standesrechte können nur im Inlande geltend gemacht werden.

II. Juristische Personen.

§ 52. Das Recht der Persönlichkeit steht dem Staate, sofern er in Verhältnisse des bürgerlichen Rechtes eintritt, und den Personenvereinen, Anstalten und Vermögensmassen zu, welche vom Staate als juristische Personen anerkannt sind. Die juristische Persönlichkeit begreift die Fähigkeit in sich, Vermögensrechte zu haben, vorbehältlich der besonderen Bestimmungen, welche bei Begründung der juristischen Person über den Umfang ihrer Rechtsfähigkeit getroffen worden sind.

Die §§ 52—57 haben, nachdem über die zu den juristischen Personen, wohl mit Unrecht, gezählten Actiengesellschaften, Commanditgesellschaften, Commanditgesellschaften auf Actien, Genossenschaften mit beschränkter und unbeschränkter Haftpflicht, Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, auf welche sich insbesondere der Vorbehalt am Schlusse des vorstehenden § bezog, besondere Verwaltungsgesetze (allg. D. Handelsgesetzbuch §§ 150—249. Gesetz, die juristischen Personen betreff. v. 15. Juni 1868, Bundesgesetz v. 4. Juli 1868) erschienen sind, an Einfachheit gewonnen, indem sie nur noch auf juristische Personen Anwendung finden können, welche selbständige Persönlichkeit mit selbständigem (nicht in communione einzelner physischen Personen befindlichem) Vermögen haben. Nur diese (ächten) juristischen Personen fallen unter das Gesetzbuch, während die oben gedachten (unächten), rücksichtlich ihrer Vertretung nach Außen hin gesetzlich geord-

---

1. Die §§ 1632. 1748 beziehen sich blos auf das Recht der Frau, den Familiennamen des Ehemannes, neben dem ihrigen, zu führen.

neten, juristischen Personen unter den Vorschriften der angegebenen Verwaltungsgesetze stehen und nur in so weit, als es sich um ihre inneren Verhältnisse, z. B. das Verhältniß der Genossen gegenüber dem Vorstande und Aufsichtsrathe, um die Rechte der einzelnen Genossen auf das gemeinschaftliche Vermögen, handelt, nach den allgemeinen privatrechtlichen Normen zu beurtheilen sind. Allerdings wird es die Aufgabe der Rechtswissenschaft sein, unter Zugrundelegung der in manchen Beziehungen nicht ausreichenden Verwaltungsgesetze, das Privatrecht dieser (unächten) juristischen Personen zu erforschen, festzustellen und auszubilden[1]. Für das Verständniß der §§ 52—57 des B. G.-B. würde aber damit Etwas nicht gewonnen werden und es liegt daher die Interpretation jener Gesetze dem gegenwärtigen Ziele fern.

Der Gedanke, welcher der Lehre von den juristischen Personen zu Grunde liegt, ist der, daß die Rechtsfähigkeit, welche nach den Gesetzen der Weltordnung nur den physischen Personen, von ihrer Geburt an bis zu ihrem Tode, zukommt, auch einer Mehrheit von physischen Personen (sog. Personenvereinen), oder einer Vermögensmasse (Stiftung) ertheilt werden kann. In beiden Fällen wird eine rechtsfähige Person oder eine juristische Persönlichkeit geschaffen; in dem ersten Falle durch Erhebung der Gesammtheit der vereinigten Personen zu einem neben diesen letzteren existirenden selbständigen Rechtssubjecte, in dem zweiten Falle durch Bestellung eines Organs für die Vermögensmasse, welche ohnedem nur ein Rechtsobject sein würde. Beiden Fällen liegt eine Fiction, oder die Annahme, daß Etwas vorhanden sei, was in Wirklichkeit nicht vorhanden ist, unter; in dem ersten Falle, daß der Personenverein, trotz der Mehrheit von physischen Personen, Eine Person sei, in dem zweiten Falle, daß ein Rechtsobject, trotz seiner Bestimmung, den menschlichen Zwecken zu dienen, die Fähigkeit haben könne, diese Zwecke selbst zu erfüllen. Juristische Personen existiren nur im Recht und, da durch das Recht nicht bewirkt werden kann, daß physische Personen existiren, welche nicht existiren, so versteht es sich von selbst, daß juristische Personen nicht solcher Rechte theilhaftig sein können, deren Ausübung leibliche Individualität der Person voraussetzt, daß sie z. B. nicht Familienrechte haben, nicht Ehen eingehen, nicht Vormundschaften übernehmen, nicht testiren, auch nicht beerbt werden können.

Nach dem bisher Gesagten dürfte es kaum zweifelhaft sein, daß, wie im vorliegenden § gesagt wird, juristische Personen nur durch einen Act der Staatsgewalt entstehen und geschaffen werden können. Was das Gesetz vom 15. Juni 1868 für eine Ansicht hierüber gehabt habe, läßt sich nicht mit voller Bestimmtheit angeben. In § 6 wird gesagt:

> Vom Beginn der Wirksamkeit des gegenwärtigen Gesetzes an erfolgt die nach § 52 des B. G.-B. erforderliche Staatsanerkennung folgendermaßen:
>
> a) für Stiftungen und Anstalten, welche zu dauernden kirchlichen, mildthätigen oder gemeinnützigen Zwecken selbständig errichtet sind, genügt hierzu die Genehmigung der Stiftung oder Anstalt und ihres Zweckes durch die competente Verwaltungsbehörde (nach § 1 der Ausführungs-Verordnung des Ministeriums, zu dessen Geschäftskreise die Angelegenheiten der betreffenden Stiftung oder Anstalt ihrem Zwecke nach gehören).
>
> Stiftungen und Anstalten oder Vermögensmassen, welche anderen Zwecken dienen, bedürfen der ausdrücklichen Anerkennung als juristische Personen Seiten der gedachten Behörde (des betreffenden Ministeriums).

1. Als Vorbild könnte auch in dieser Hinsicht das römische Recht, namentlich in den Tit. D. quod cujusq. universitat. und de collegiis & corporib. gelten. Denn die Meinung, als ob die heutigen sog. Collectivgenossenschaften etwas Neues wären, ist irrig. (Man vergl. l. 1 D. quod cujusq. univers. nom.)

b) Personenvereine (Genossenschaften) erlangen die juristische Persönlichkeit durch den Eintrag in das § 70 vorgeschriebene Genossenschaftsregister.

Man kann davon absehen, daß rücksichtlich der zu a) erwähnten Stiftungen, Anstalten und (oder) Vermögensmassen der Unterschied zwischen der Genehmigung und der ausdrücklichen Anerkennung nicht ganz klar ist. In jedem Falle läßt die Vorschrift unter b) den Zweifel zu, ob darunter blos Personenvereine zu verstehen seien, welche Genossenschaften sind, oder ob damit eine Bestimmung für alle Personenvereine habe getroffen werden sollen. Für Ersteres spricht der § 1, nach welchem das Gesetz auf dem öffentlichen Rechte angehörige oder durch besondere Gesetze bereits geregelte juristische Personen, z. B. Gemeinden, Kreis- und Provinzialstände, Berggewerkschaften, Innungen, Unterstützungskassen, hinsichtlich deren eine gesetzliche Pflicht zu Beisteuern besteht, nicht anwendbar sein soll. Freilich bleibt unerklärt, was für die dem öffentlichen Rechte angehörigen juristischen Personen gelten soll, indem die Worte „für solche bleiben die darauf bezüglichen besonderen Vorschriften maßgebend" auf diese ohnstreitig nicht zu beziehen sein können. Wie dem aber auch sein mag, so viel dürfte gewiß sein, daß der § 52 des B. G.-B. durch das Gesetz vom 15. Juni 1868 nicht aufgehoben worden ist.

Der Unterschied zwischen juristischen Personen und sog. Genossenschaften läßt sich am besten deutlich machen an der Eigenthumsfrage. Hat eine juristische Person Eigenthum oder die Herrschaft über ein Rechtsobject, so ist die juristische Person Eigenthümerin und es haben die singuli oder die sonstigen Perceptionsberechtigten weder ein Miteigenthum, noch ein jus in re. Hat eine sog. Genossenschaft Eigenthum, so sind die singuli Eigenthümer, jedoch in der Ausübung ihrer Herrschaft durch den Gesellschaftsvertrag oder durch die Statuten beschränkt, namentlich in Beziehung auf die Berechtigung, ad divisionem zu provociren. Sachen, welche sich in dem Eigenthume einer juristischen Person befinden, differiren von den sog. rebus communibus (d. h. Sachen, welche wegen ihrer natürlichen Beschaffenheit gar nicht in menschlicher Herrschaft stehen können, z. B. Luft, Meer, Meeresstrand, größere Seen, fließende Wässer) und von rebus publicis (d. h. Sachen, an welchen ein usus publicus omnium statt hat, z. B. Landstraßen) dadurch, daß an jenen ein Eigenthum besteht, an diesen entweder gar nicht, oder wenigstens nicht als Regel.

In § 3 des Gesetzes vom 15. Juni 1868 wird bestimmt:

Jede juristische Person muß einen bestimmt bezeichneten Zweck haben.

Zunächst muß dabei supplirt werden „einen erlaubten bestimmt bezeichneten Zweck". Auch sind die Worte „bestimmt bezeichneten" nicht zu premiren, weil bei jedem Zwecke, so bestimmt bezeichnet er auch ist, noch eine größere Bestimmtheit denkbar sein wird. Der ganze § kann nur den Sinn haben, eine Voraussetzung der staatlichen Anerkennung festzustellen. Von diesem Gesichtspunkte aus rechtfertigt er sich daraus, daß, wie die physische Person einen ihr von der Gottheit vorgeschriebenen Zweck hat, so die juristische Person einen von dem Staate anerkannten Zweck haben muß. Die Behauptung, daß der Zweck die juristische Person sei, ist, so geistreich sie auch für den ersten Augenblick klingt, unlogisch, weil der Zweck, das erst künftig zu Erreichende, etwas Anderes ist, als das Vorhandene, welches den Zweck erreichen soll. So hat der physische Mensch einen ihm von der Gottheit gegebenen Zweck; aber dieser Zweck ist nicht der physische Mensch.

Anlangend den Staat, welchem, soweit er in privatrechtliche Verhältnisse tritt, juristische Persönlichkeit ausdrücklich beigelegt wird[1], so bedarf es nicht erst der Bemerkung,

1. Nur in so weit (nämlich als fiscus) kann der Staat als juristische Person angesehen werden. In allen andern Beziehungen, namentlich als Inhaber der gesetzgebenden oder polizeilichen Gewalt und sonstiger Hoheitsrechte, ist der Staat nicht eine juristische Person.

daß es in Beziehung auf die einzelnen Staatscassen bei dem § 5 des Gesetzes sub C vom 28. Januar 1835 sein Bewenden hat. In wie weit öffentlichen Behörden juristische Persönlichkeit zukomme, ist lediglich nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes zu beurtheilen.

Mit den Ausdrücken „Personenvereine, Anstalten, Vermögensmassen", hat man insbesondere auch die Kirchen-, Pfarr- und Schullehne, Kirchengemeinden und Stiftungen befassen wollen. Die Frage dagegen, ob das Kirchenvermögen der Kirche oder der Kirchengemeinde gehöre, hat nicht entschieden werden sollen. Dieselbe ist vielmehr nach dem canonischen Rechte und beziehendlich protestantischen Kirchenrechte zu beantworten.

Nach gemeinem Rechte wird auf Grund der l. 85 D. de V. S. gewöhnlich angenommen, daß ein Personenverein wenigstens drei Theilnehmer haben müsse, um den Begriff einer juristischen Person und die gesetzlichen Vorschriften über dieselbe darauf anzuwenden. Diese Annahme ist an sich nicht fundirt, insbesondere aber läßt sich nicht bezweifeln, daß der Staat auch in Ermangelung dieser Zahl von Theilnehmern zu irgend einem Zwecke juristische Persönlichkeit verleihen könne.

Durch den zweiten Satz, soweit derselbe nicht nach den oben erwähnten Gesetzen als erledigt anzusehen ist, hat das für die Lehre der juristischen Personen wichtige Princip ausgedrückt werden sollen, daß erstens die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen nur eine beschränkte ist, indem sie nicht weiter reichen kann, als sie anerkannt worden ist, und daß sie zweitens nicht aus allgemeinen Gesichtspunkten zu bestimmen ist, sondern ihr Umfang durch die staatliche Anerkennung begrenzt wird, also bei verschiedenen juristischen Personen verschieden sein kann, so daß dabei eine bald mehr oder weniger vollkommene Persönlichkeit möglich ist.

In dem Satze „die juristische Persönlichkeit begreift die Fähigkeit in sich, Vermögensrechte zu haben" liegt, es bestehe die Persönlichkeit der juristischen Personen im Privatrechte darin, daß sie der Vermögensrechte fähig sind. In wie weit juristische Personen besitzen können und zur Erwerbung aus einem letzten Willen fähig sind, ist in §§ 189. 193. 2074 des B. G.-B. bestimmt.

Die staatliche Genehmigung einer juristischen Person ist an keine besondere Form gebunden; sie kann ausdrücklich oder stillschweigend, schon bei Entstehung eines Vereines oder Errichtung einer Stiftung, oder auch nachträglich erfolgen[1]. In Beziehung auf in älterer Zeit entstandene, z. B. die meisten städtischen und Dorfgemeinden, wird sich zwar mitunter nicht nachweisen lassen, wenn und wie sie die staatliche Genehmigung erhalten haben. Aber auf diese Ungewißheit kann um deßwillen etwas nicht ankommen, weil der Staat diese Gemeinden, als Bestandtheile des Staatsorganismus, in sich aufgenommen und thatsächlich anerkannt hat[2]. Sollten aber dessen ungeachtet sich Zweifel ergeben, so würden sie durch die Verwaltungsbehörden zur Erledigung zu bringen sein. Denn die Frage, ob eine juristische Person vom Staate anerkannt worden sei, kann nur von der Verwaltungsbehörde beantwortet werden, und zwar ohne Unterschied, ob es sich um die Vergangenheit oder Gegenwart handelt. Dagegen gehört die Frage, ob die juristische Person Vermögen erworben habe, zur Competenz der Justizbehörde, weil daraus, daß die juristische Person zu einer bestimmten Zeit existirt hat, nicht folgt, daß sie auch Vermögen gehabt habe.

In ganz neuester Zeit ist auch in Sachsen die Frage entstanden, ob Handelsgesellschaften als juristische Personen gelten können. Die Veranlassung dazu geben mehrere

---

1. Ueber die Dammcommunen ist zu vergl. das Mandat, die Elbstrom-Ufer- und Dammordnung betreff. v. 7. August 1819 (G.-S. S. 197 folg.) § 5.

2. Haubold, a. a. O. § 163, S. 161 folg.

Bestimmungen des allg. D. H.-G.-B., insbesondere Art. 111. 119—122. 131 in Verbindung mit dem Einführungsgesetze § 10. In jedem Falle könnte diese Frage nur dann bejaht werden, wenn man den Ausdruck „juristische Person" in dem weiteren Sinne gebrauchte, wonach darunter auch die Genossenschaften (mit geordneter Vertretung nach Außen) verstanden werden. Indessen auch mit dieser Beschränkung hat die angegebene Frage blos ein theoretisches, kein praktisches Interesse, indem die Beziehungen, in welchen die Handelsgesellschaften unter der Firma contrahiren und selbst Grundeigenthum haben können, gesetzlich bestimmt sind, diese Bestimmungen aber in jedem Falle nicht extendirt werden dürfen und unter solchen Verhältnissen es für die Praxis keinen unmittelbaren Nutzen bringen kann, zu untersuchen, ob die den Handelsgesellschaften zukommenden einzelnen Befugnisse den Begriff der (unächten) juristischen Person erschöpfen oder nicht[1]. Namentlich versuche man nicht, diese Frage aus den sog. Nürnberger Protocollen entscheiden zu wollen. Denn denselben liegen die unklaren Ansichten der neueren Doctrin über den Begriff der juristischen Person zu Grunde.

---

§ 53. Juristische Personen üben ihre Rechte durch ihre verfassungsmäßigen Vertreter und, soweit es bei Personenvereinen auf den Willen ihrer Mitglieder ankommt, durch Beschlußfassung derselben aus.

Motive. In diesem § wird der Unterschied hervorgehoben, welcher zwischen den juristischen Personen in Beziehung auf die Frage, wie dieselben ihren rechtlichen Willen ausführen, zu machen ist. Die juristische Persönlichkeit kann nämlich zukommen:

a) einer Vermögensmasse, welche als Mittel zu einem Zwecke im und vom Staate als eine der Vermögensrechte fähige Person anerkannt wird, z. B. Kirchen, sogenannte fromme Stiftungen u. s. w., oder:

b) einer Mehrheit von Personen, welchen die Eigenschaft einer juristischen Person beigelegt worden ist, z. B. Gemeinden, Corporationen, Zünften, Collegien u. s. w.

Juristische Personen der unter a) angegebenen Classe bedürfen in allen vermögensrechtlichen Beziehungen der Vertretung durch andere Personen, Vorsteher, Verwalter oder Beamte, welche verfassungsmäßig zu bestellen sind. Diejenigen, welche eine solche juristische Person vertreten, sind blos die Organe der letzteren, ihre Befugnisse sind nach dem Umfange des ihnen übertragenen Geschäftskreises und der dabei vom Staate ertheilten oder in der Stiftungsurkunde enthaltenen Instruction zu bestimmen.

Juristische Personen der unter b) bezeichneten Art dagegen üben ihre Rechte, soweit es auf den Willen ihrer Mitglieder ankommt, durch Beschlußfassung derselben aus.

Ob eine juristische Person zu dieser oder jener Classe gehört, kann mitunter zweifelhaft sein. Für alle Fälle passende allgemeine Gesichtspunkte lassen sich dafür nicht aufstellen, vielmehr kommt es im concreten Falle auf den Zweck und Umfang der staatlichen Anerkennung an. Nur in Beziehung auf einige bereits bestehende juristische Personen mag hier darauf aufmerksam gemacht werden, daß, wie von v. Savigny, System, Bd. 2, S. 244 folg. bemerkt wird, z. B. die Domcapitel zwar kirchliche Institute, zugleich aber wahre Corporationen sind,

---

1. Man vergl. Siebenhaar, Correalobligationen S. 365 not. 1.

weiter die höheren Lehranstalten bei ihrer Entstehung in der Regel Corporationen waren, jetzt aber mehr den Charakter vom Staate verwalteter Stiftungen haben, endlich der Staat, obschon er Personen in sich umfaßt, privatrechtlich nicht als Corporation, sondern als eine mit juristischer Persönlichkeit versehene Vermögensmasse zu beurtheilen ist. Soviel insbesondere den Staat betrifft, so ist bereits oben erwähnt, daß blos die durch den Staatsfiscus repräsentirte vermögensrechtliche Seite des Staatsbegriffes in das Privatrecht gehört. Ob übrigens eine bestimmte Anstalt eine juristische Person für sich bilde, oder nur ein Bestandtheil des Vermögens einer anderen Corporation sei, ist lediglich nach den Verhältnissen des concreten Falles zu entscheiden.

Soviel die Frage betrifft, ob eine juristische Person ein Delict oder Quasidelict begehen könne, so ist dieselbe dahin zu beantworten, daß dieselbe allerdings auch durch unerlaubte Handlungen ihrer Vertreter, z. B. ex lege Aquilia, civilrechtlich zum Schadenersatz verpflichtet werden kann. Noch unzweifelhafter ist, daß die juristische Person aus den unerlaubten Handlungen ihrer Vertreter nicht Vortheile ziehen und sich mit dem Schaden Anderer bereichern darf. Bei Beantwortung dieser Frage, welche auch für die sog. unächten juristischen Personen wichtig ist, kommt Alles auf die Verhältnisse des einzelnen Falles an. So würde z. B., nach unserm Dafürhalten, eine Sparcasse zwar nicht aus einem Diebstahle ihres Cassirers, wohl aber aus der Unterschlagung der ihrem Cassirer, als solchem, anvertrauten Gelder haften. Von dem Cassirer erschlichene Quittungen können die Sparcasse nicht liberiren. Eine im Voraus, gegen das Versprechen der künftigen Zahlung, ausgestellte Quittung kann die Sparcasse nur dann liberiren, wenn sie im Vertrauen auf den persönlichen Credit des Cassirers, nicht aber dann, wenn sie gegen die von dem Cassirer, als solchem, Namens der Sparcasse gegebene Zusicherung künftiger Zahlung ausgestellt worden ist. Wäre das Sparcassenbuch dem Cassirer anvertraut worden und hätte dieser die im Buche bemerkte Zahlung erhalten, jedoch das Geld nicht ausgezahlt, so würde zu unterscheiden sein, ob das Sparcassenbuch dem Cassirer, als solchem, oder als Mandatar des Inhabers anvertraut worden wäre, im Zweifel jedoch würde das Erstere anzunehmen sein.

---

§ 54. Die Sonderrechte einzelner Mitglieder von Personenvereinen können weder durch die Vertreter, noch durch Beschlüsse der Mitglieder beeinträchtigt werden.

Motive. In diesem § ist der allgemeine Satz aufgestellt, daß Sonderrechte der einzelnen Mitglieder weder durch die Vertreter der juristischen Personen, noch durch die Beschlüsse der Mitglieder derselben beinträchtigt werden können. Unter diesen Sonderrechten sind nicht blos solche Rechte, welche die Mitglieder, ganz abgesondert von ihrem Verhältnisse zu der juristischen Person, erworben haben, sondern auch solche Rechte zu verstehen, welche den Mitgliedern der juristischen Person gegenüber zukommen, insbesondere durch einen gültigen Theilungsbeschluß vor Auflösung der Corporation oder durch eine in den Statuten gleich im Voraus getroffene Bestimmung über die Vertheilung des Vermögens unter die Mitglieder begründet sind.

Träger der Rechte und Verbindlichkeiten ist, wie auch in der l. 7 § 1 D. quod cui. univers. gesagt wird, die juristische Person als solche. Dieser letzteren können andere Personen, namentlich aber auch bei den Stiftungen die Perceptionsberechtigten und bei

Corporationen alle oder auch einzelne Corporationsmitglieder, als Forderungsberechtigte gegenüberstehen. Allein so umfassend auch die in der letzteren Beziehung denkbaren Rechte sein mögen, so wird dennoch dadurch der Begriff der juristischen Person nicht geändert.

---

§ 55. Zu einer Beschlußfassung der Mitglieder eines Personenvereins wird erfordert, daß alle stimmberechtigte Mitglieder berufen worden sind, wenigstens die Hälfte derselben erschienen ist und die Mehrheit der Erschienenen den Beschluß gefaßt hat. Handelt es sich um die Bestellung eines Vertreters für einen Rechtsstreit mit einzelnen Mitgliedern, so sind letztere nicht stimmberechtigt. Bei Rechtsstreiten des Vereins mit Mitgliedern desselben vertreten die Mitglieder, welche für die Rechte des Vereins streiten, den Verein, selbst wenn sie im Verhältniß zu den anderen die Minderzahl ausmachen.

Motive. Nach diesem § wird zur Beschlußfassung der Mitglieder eines Personenvereines erfordert, daß alle stimmberechtigte Mitglieder berufen worden sind, wenigstens die Hälfte derselben erschienen ist und die Mehrheit derselben den Beschluß faßt. Daß diese Vorschrift blos dann Anwendung findet, wenn durch die Verfassung der Corporation nicht etwas Anderes bestimmt ist, versteht sich von selbst. Daß aber diese Vorschrift auch dann gilt, wenn es sich um die Errichtung eines Syndicats handelt, ergiebt sich insbesondere auch aus der Bestimmung, daß, wenn ein Vertreter für Streitigkeiten mit einzelnen Mitgliedern zu bestellen ist, die letzteren nicht stimmberechtigt sind.

Von unserem bisherigen Rechte, welches freilich in vielen Beziehungen nicht unbestritten war, weicht der vorstehende § ab. Von den Vorschriften des römischen Rechts[1] abgesehen, erwähnt man nur, daß die Praxis in Sachsen zwischen zwei Ansichten schwankte, indem bald die von Kori in seinen Erörterungen praktischer Rechtsfragen Bd. 2, S. 1 folg. für die Gemeindebeschlüsse vertheidigte Meinung, daß die Mehrzahl der stimmberechtigten Mitglieder in der Regel entscheidend sei, bald eine, insbesondere auf die Vorschrift der erläuterten Proceßordnung ad Tit. VII. § 6 gestützte mildere Ansicht, daß keine absolute Stimmenmehrheit erforderlich sei, sondern eine relative hinreiche, nämlich die der erschienenen Mitglieder, vorausgesetzt, daß alle aufgefordert und mindestens zwei Drittheile erschienen seien, angenommen wurde. Das Gesetzbuch hat sich dieser letzteren Meinung angeschlossen, dieselbe aber sogar noch in etwas gemildert, indem es die erforderliche Zahl der in der beschlußfassenden Versammlung anwesenden Mitglieder von zwei Drittheilen auf die Hälfte herabgesetzt hat. Bestimmend dafür waren zunächst Zweckmäßigkeits- und Nützlichkeitsgründe. Sehr oft nämlich ist es schwierig, eine große Anzahl von Mitgliedern zusammenzubringen, namentlich wenn es sich blos um Geschäfte der laufenden Verwaltung, Rechnungsablegung, Wahlen &c., für welche der Einzelne kein besonderes Interesse hat, handelt. Sodann scheint es aber auch gewissermaßen natürlicher zu sein, die Nichterschienenen nicht der dissentirenden Minorität, sondern der Majorität der Erschienenen beizuzählen.

Soviel endlich den Schlußsatz angeht, daß bei Streitigkeiten der Corporation mit Mitgliedern derselben diejenigen Mitglieder, welche für die Rechte der Cor-

---

1. Man vergleiche darüber Hugonis Donelli comment. jur. civ. ed. Koenig-Bucher. t. XI. pag. 483 sequ.

poration streiten, die juristische Person derselben selbst dann vertreten, wenn sie im Verhältnisse zu den anderen die Minderzahl ausmachen, so liegt darin zugleich, daß die Kosten des Rechtsstreites in diesem Falle aus dem Vermögen der Corporation zu bezahlen sind, und wenn deren Aufbringung von den einzelnen Mitgliedern nöthig ist, auch Diejenigen, gegen welche der Rechtsstreit geführt wird, ihren Beitrag als Mitglieder der Corporation zu bezahlen haben.

Dieser § betrifft nur die Fälle, in welchen die Beschlußfassung der Mitglieder eines Personenvereines entscheidend ist, was nach dem § 53 nur dann der Fall ist, wenn es sich um eine Angelegenheit handelt, bei der es auf den Willen der Mitglieder ankommt. Hiernach wird von diesem § in den Fällen keine Anwendung gemacht werden können, in welchen das öffentliche Interesse mitbetheiligt ist, oder es sich um Verfügungen über Vermögen handelt, welches nicht blos für die gerade vorhandenen Mitglieder bestimmt ist, vielmehr werden in diesen Fällen Beschlüsse nach Einstimmigkeit und außerdem noch die Genehmigung des Staates erfordert werden müssen.

Auf die Beschlußfassung der juristischen Personen beziehen sich auch das Gesetz, die Beschlußfassung gewisser juristischer Personen vom 27. Januar 1865 und § 24 des Gesetzes vom 15. Juni 1868. (Man vergl. auch Annalen N. F. Bd. 2, S. 76 folg.)

---

§ 56. Juristische Personen hören auf, wenn ihnen der Staat das Recht der Persönlichkeit entzieht, wenn sie auf dieses Recht mit Einwilligung des Staates verzichten und, soviel Personenvereine betrifft, wenn sämmtliche Mitglieder gestorben sind.

Motive. Entsprechend der Entstehung der juristischen Person durch das Vorhandensein eines Trägers derselben und durch die staatliche Anerkennung, sind in diesem § als Arten des Aufhörens angegeben: Entziehung der Persönlichkeit durch den Staat, Aufgeben der Persönlichkeit mit Einwilligung des Staates und, soviel Personenvereine betrifft, der Tod sämmtlicher Mitglieder. Ob eine Stiftung, welche ihr sämmtliches Vermögen verloren hat, als erloschen zu betrachten sei, läßt sich im Allgemeinen nicht beantworten, sondern wird davon abhängen, ob der Zweck derselben ein öffentlicher oder privater ist, indem im ersteren Falle die Stiftung durch den Verlust ihres Vermögens nicht erlöscht, in dem letzteren Falle aber mit dem Untergange des Stiftungsvermögens das Subject selbst, mit welchem die Persönlichkeit verbunden ist, wegfällt.

In welchen Fällen der Staat zu der Entziehung der juristischen Persönlichkeit berechtigt sei, wird in § 78 des Gesetzes vom 15. Juni 1868 bestimmt.

---

§ 57. Hört eine juristische Person auf, ohne daß über das Vermögen derselben verfügt worden, so fällt dieses, soweit es nicht zur Deckung der Schulden erforderlich ist, dem Staate zu.

Motive. Aus der Fassung dieses § ergiebt sich, daß, wenn das Vermögen einer Corporation, welche aufhört, zu öffentlichen Zwecken bestimmt ist, dasselbe von dem Staate nicht als erbloses Gut in Anspruch genommen werden kann, in diesem Falle vielmehr dafür zu sorgen ist, daß das Vermögen zu dem

öffentlichen Zwecke, für den es bestimmt ist, verwendet und namentlich bis zum Eintritte neuer Mitglieder als Stiftung erhalten wird.

Der vorstehende § enthält etwas Weiteres nicht, als eine Anwendung der §§ 2618 bis 2620 des B. G.-B. auf juristische Personen. Ueber die Vertheilung des Vermögens der aufgelösten Actiengesellschaften und Genossenschaften sind zu vergleichen Art. 245 bis 248 des allg. D. H.-G.-B. und die §§ 45. 46. 81 des Gesetzes vom 15. Juni 1868. Auf die Stiftungen bezieht sich § 60 der Verfassungsurkunde (im § 78 des Gesetzes vom 15. Juni 1868 wiederholt). — Die Frage, wie es mit dem Vermögen einer juristischen Person im engern Sinne zu halten sei, wenn sie durch ein Gesetz aufgehoben wird, ohne daß zugleich in dem Gesetze selbst darüber Etwas bestimmt ist, dürfte so zu beantworten sein: Wäre es eine juristische Person, welche blos privatrechtliche Zwecke hat, so würde das zur Zeit der Auflösung vorhandene Vermögen unter die zu dieser Zeit vorhandenen Mitglieder zu vertheilen sein. Wäre es dagegen eine juristische Person, welche öffentliche Zwecke hat, so läge es in der Natur der Sache, daß, wenn sie aufhört, deren Vermögen weder vertheilt, noch als erbloses Gut betrachtet werden könnte, in diesem Falle vielmehr dafür zu sorgen wäre, daß das Vermögen zu dem öffentlichen Zwecke, für den es bestimmt ist, verwendet und namentlich bis zum Eintritte neuer Mitglieder als Stiftung erhalten werde.

Dritte Abtheilung.

Von den Sachen.

§ 58. Sachen jeder Art können Gegenstand eines Rechtes sein, soweit sie nicht dem Verkehre entzogen sind.

Motive. Im Allgemeinen ist zu bemerken, daß hier blos von Sachen die Rede ist, welche ein Raumverhältniß und sonach irgend einen Umfang, eine Größe und räumliche Quantität haben und als Gegenstände des Eigenthums in Betracht kommen, also von den körperlichen Sachen, im Gegensatze zu den unkörperlichen, welche als jura in re aliena, nur in der Vorstellung als Gegenstände des Vermögensrechtes aufgefaßt werden können.[1] Die körperlichen Sachen können Gegenstände eines Rechtes sei, soweit sie nicht aus besonderen Gründen außer Verkehr gesetzt sind.

Welche Gegenstände dem privatrechtlichen Verkehre entzogen sind, dieß zu bestimmen, gehört nicht in das Privatrecht, sondern in das öffentliche Recht, beziehendlich Kirchenrecht. Man rechnet dahin erstens die res sacrae, religiosae und sanctae, zweitens die res naturali jure omnium communes, z. B. Luft, Meer, Meeresufer, drittens die res publicae im engeren Sinne, z. B. öffentliche Straßen, öffentliche Plätze, endlich viertens Sachen, deren Verkehr aus Rücksichten des öffentlichen Wohles beschränkt oder verboten ist, z. B. Trennstücke eines Grundstücks wider die Dismembrationsgesetze, Gifte.

Die Eigenschaft dieser Gegenstände als res extra commercium positae fällt weg, wenn dieselbe unter Beobachtung der dafür bestehenden verfassungsmäßigen Form wieder aufgehoben worden ist. Indessen gehört das Specielle hierüber

---

1. Ueber den Begriff der jura in re aliena vergl. Siebenhaar, Correalobligationen S. 170 folg.

ebenfalls nicht in das Privatrecht, und es ist hier nur darauf aufmerksam zu machen, daß, da sich das Hinderniß wegen dessen diese Gegenstände dem Privatverkehre entzogen sind, heben kann, die Vorschrift in § 821 des Entwurfs (§ 793 des B. G.-B.) anwendbar ist.

Zu den Sachen, welche vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit gar nicht im Eigenthume stehen können (res jure naturali communes omnium), gehören auch die fließenden Wässer. Diese Sachen stehen auch nicht im Eigenthume des Staates, vielmehr hat der letztere über die Benutzung derselben blos ein Aufsichtsrecht. Was in den Motiven über den denkbaren Wegfall der Eigenschaft der res extra commercium positae gesagt ist, bezieht sich auf die res jure naturali omnium communes nicht.[1]

Soviel die res publicae im engern Sinne betrifft, so haben sie eine wesentlich andere Natur, als die res fiscales.

Die meiste Schwierigkeit wird die Bestimmung einer Sache, deren Verkehr aus Rücksichten des öffentlichen Wohles beschränkt oder verboten ist, haben. Nach unserm Dafürhalten bedarf es dazu einer gesetzlichen Vorschrift oder wenigstens eines auf den Ausschluß jedes Verkehrs mit einer bestimmten Sache gerichteten polizeilichen Verbotes; es wird jedoch ein solches Verbot nicht leicht vorkommen, weil die dafür denkbaren Fälle, wenigstens in der Regel, eine Confiscation zu rechtfertigen geeignet sein werden.

Die Frage, ob der menschliche Körper als Sache zu betrachten sei, hat für das Privatrecht keine Bedeutung. Mit Hinsicht auf das in § 31 des B. G.-B. ausgesprochene Verbot der Sklaverei und Leibeigenschaft kann der Mensch in seinem Verhältniß zu andern Menschen nicht als Sache oder als ein Object von Rechten an einer Sache gelten. Die Frage, ob der menschliche Körper eine Sache sei, kann hiernach nur in so fern aufgeworfen werden, als sie das Recht des Menschen auf seinen eigenen Körper betrifft. Nach diesem Gesichtspunkte fällt sie aber gar nicht in das Privatrecht.

Was von dem ganzen menschlichen Körper gilt, gilt natürlich auch von dessen Theilen. Die einzelnen Glieder eines Menschen können nicht Object des Privatrechts sein, so lange ihre Verbindung mit dem menschlichen Körper besteht. Nach Aufhebung dieser Verbindung läßt sich dieß denken, z. B. bei einem durch Amputation abgenommenen Arme oder Beine, bei ausgenommenen Zähnen, bei abgeschnittenen Haaren, doch wird zu der Ablösung der einzelnen Theile von dem menschlichen Körper eine Thatsache vorausgesetzt, welche nicht unter den Begriff eines Rechtsgeschäfts, am wenigsten den der Veräußerung gebracht werden kann. Aehnlich verhält es sich mit einem Leichnam. Mit dem Tode hört der menschliche Körper auf, Träger eines Rechtssubjects zu sein; der entseelte Körper fällt in die todte Natur zurück, aus welcher er hervorgegangen ist und es kann derselbe, soweit nicht öffentliche, insbesondere polizeiliche Verbote entgegenstehen, Object eines Privatrechts sein, wie dieß bei Skeletten sehr häufig vorkommt.

In Beziehung auf Sachen, mit welchen schon vermöge ihrer Natur ein Verkehr nicht möglich ist, z. B. Luft, fließendes Wasser, Meer, Meeresufer, ist zu bemerken, daß diese Sachen nur im Ganzen dem Verkehre entzogen sind, dagegen einzelne Theile derselben, z. B. geschöpftes, unter gewissen Voraussetzungen auch geleitetes Wasser, Gas, allerdings Gegenstände des Eigenthums sein können und sogar die Luftsäule über einem Grundstücke zu dem letzteren gehört (§ 218 des B. G.-B.). Nach unserm bisherigen Rechte waren die Ansichten über die Frage getheilt, ob ein über eine

---

1. Man vergl. Kappeler, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, entwickelt aus den Quellen des römischen Rechts, Zürich 1867.

res extra commercium posita abgeschlossener Kauf in allen Fällen unbedingt nichtig wäre. Eine Meinung ging dahin, daß die Nichtigkeit des Vertrags die Regel bilde, und der Verkäufer nur im Falle eines dolus zur Entschädigung verpflichtet sei. Nach einer andern Meinung soll der Verkäufer immer zur Entschädigung verpflichtet sein, ausgenommen wenn der Käufer gewußt hat, daß die Sache dem Verkehre entzogen ist[1]. Schon unter den römischen Juristen scheinen über diese Frage nicht gleiche Ansichten geherrscht zu haben. In einer Anzahl von Stellen[2] wird die Nichtigkeit des Vertrags als Regel aufgestellt und von einer Verbindlichkeit des Verkäufers, den Käufer zu entschädigen, blos im Falle eines dolus des ersteren gesprochen. In einer Reihe anderer Stellen wird der Verkauf eines freien Menschen für gültig angesehen, wenn dem Käufer unbekannt war, daß der verkaufte Mensch kein Sklave sei[3]. Diese sich widersprechenden Aussprüche der römischen Juristen, zu deren Vereinigung § 5 J. de emt. nicht gebraucht werden kann, vereinigen Diejenigen, welche den Verkäufer blos im Falle eines dolus für zum Schadenersatz verpflichtet halten, dadurch miteinander, daß sie die auf den Kauf über einen freien Menschen bezüglichen Stellen auf diesen, gegenwärtig unpraktischen, Fall allein beschränken[4]. Diese letztere Ansicht hat auch das B. G.-B. § 793 angenommen. (Man vergl. auch die in den Annalen N. F. Bd. 3, S. 463. S. 464 und S. 475 mitgetheilten Entscheidungen.)

Auf die Frage, ob und in wie weit ein Vermächtniß einer dem Verkehre entzogenen Sache gültig sei, beziehen sich die §§ 2408—2410 des B. G.-B.

---

§ 59. Unbewegliche Sachen sind Grundstücke. Denselben werden Berechtigungen, welche ein Folium im Grundbuche erhalten haben, und Schiffmühlen gleichgestellt. Andere Sachen werden unter den beweglichen begriffen.

Motive. Der Ausdruck „Grundstücke" ist gebraucht, um damit Alles zu umfassen, was in den römischen Rechtsquellen, z. B. in l. 115, 211 D. de V. S., l. 1 § 3 D. de vi, l. 15 § 2 D. de re jud., l. 18 § 4 D. de damno inf., l. 3 D. de serv., l. 15 § 1 D. qui satisdare cogantur mit den Ausdrücken „solum", „res soli", „ager", „praedium" bezeichnet wird. Zu den Grundstücken gehört der Grund und Boden nebst dessen Bestandtheilen, namentlich den damit in Verbindung gebrachten Bauten und Allem, was dergestalt damit natürlich oder künstlich zusammenhängt, daß es, ohne zerstört oder der Form nach verändert zu werden, nicht von der Stelle gerückt werden kann, wie in § 229 in Verbindung mit § 422 des Entwurfs (§ 218 in Verbindung mit § 411 des B. G.-B.) näher angegeben ist.

Die Vorschrift, „daß Schiffmühlen in rechtlicher Beziehung den unbeweglichen Sachen gleichstehen" ist aus dem Gesetze, die Entscheidung einiger zweifelhaften Rechtsfragen betreff., v. 26. October 1834 (G.-S. 1834, S. 244) unter Nr. II. in Verbindung mit der Verordnung zu Ausführung des Gesetzes v. 6. No-

---

1. Vergl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. 1, S. 118, insbesondere not. 1.

2. l. 22—24. 34 § 1 l. 62 § 1 D. de contrahend. emt. l. 8 § 1 D. de religios. l. 1 Cod. de sepul. viol.

3. l. 4—6 l. 34 § 2 D. de cont. emt. l. 4 D. quibus ad libert. l. 39 § 3 D. de evict.

4. Mommsen a. a. O. S. 131 und der dort not. 14 genannte Göschen, Vorlesungen, Bd. 2, S. 179. — Man vergl. auch Hugonis Donelli comm. jur. civ. t. 7 pag. 197 sequ.

vember 1843, das Hypothekenwesen betreff., v. 15. Februar 1844 § 4 in das B. G.=B. übergetragen.

Ueber die Windmühlen, rücksichtlich deren darüber gestritten wird, ob sie den unbeweglichen oder beweglichen Sachen beizuzählen seien (man vergl. Dec. 53 v. J. 1661, Carpzow, P. III. c. 24 def. 8, Berlich, const. III. 30 n. 13 und Heyne, Commentar, Bd. 1, S. 70), hat man etwas nicht bestimmt, weil, sofern sie durch einen Unterbau mit einem Grundstücke in dauernde Verbindung gebracht sind, sie zu den Bestandtheilen des Grundstückes gehören und, sofern dieß nicht der Fall ist, der Begriff der Unbeweglichkeit auf sie nicht paßt. In Beziehung auf die Kuxe bewendet es bei dem Gesetze, den Regalbergbau betreff., v. 22. Mai 1851 § 15. Berechtigungen, welche ein Folium im Grundbuche erhalten haben, sind zwar keine Grundstücke, aber doch nach den über diese geltenden Vorschriften zu beurtheilen; man vergl. §§ 62. 291. 506. 847 des Entwurfs (§§ 60. 280. 495. 822 des B. G.).

Das Gesetz, das Immobiliar=Brandversicherungswesen betreff. v. 23. August 1862 unterscheidet in §§ 2—6 drei Arten von Immobilien, erstens solche, welche beitritts=pflichtig sind, zweitens solche, welche beitrittsfähig sind, und drittens solche, welche nicht beitrittsfähig sind. Nach dem mittelst Verordnung vom 16. Juni 1868 publicirten allgemeinen Berggesetze § 13 gehören die Kuxe zu den beweglichen Sachen.

Nach der Verordnung, die Ein= und Ausführung des B. G.=B., vom 9. Januar 1865 § 11 bedarf es zur Anlegung besonderer Folien für Baurechte und Kellerrechte der Genehmigung des Justizministeriums.

---

§ 60. Bei einer nach der Unterscheidung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen zu bewirkenden Sonderung werden Rechte an unbeweglichen Sachen, mit Ausnahme der Hypotheken, ferner Rechte, welche mit einer unbeweglichen Sache verbunden sind, zu den unbeweglichen Sachen, andere Rechte zu den beweglichen Sachen gerechnet.

Motive. Bei diesem § ist vorzüglich im Auge zu behalten, daß die in demselben vorgetragene Subsumtion unter die Kategorieen von beweglichen und unbeweglichen Sachen lediglich mit Rücksicht auf solche Verhältnisse bewirkt worden ist, wo die Sonderung des Vermögens nach den beiden Kategorieen in Frage steht und es an einem sonstigen Anhalt darüber fehlt, welche von den darin begriffenen Sachen der einen oder der anderen Kategorie beizuzählen seien. Die diesem § zu Grunde liegenden Principien sind nachstehende:

1) Rechte an unbeweglichen Sachen sind in die Kategorie der letzteren zu stellen, doch gelten hypothekarisch gesicherte Forderungen als bewegliche Sachen.

2) Zu den unbeweglichen Sachen sind auch die zu solchen gehörigen Rechte zu rechnen.

3) Gewerbsberechtigungen, welche nicht mit einem Grundstücke verbunden sind, gehören nur dann zu den unbeweglichen Sachen, wenn sie ein Folium im Grundbuche erhalten haben.

4) Alle anderen Sachen, also auch Forderungen, selbst hypothekarisch versicherte, sind zu den beweglichen Sachen zu rechnen.

Aus den aufgestellten Sätzen ist in §§ 2204. 2205 des Entwurfs (§§ 2169. 2170 des B. G.-B.) die Folgerung gezogen, daß, wenn ein Erblasser Jemandem sein bewegliches und unbewegliches Vermögen hinterlassen hat, im Zweifel die Absicht der Erbeinsetzung zu vermuthen sei, und daß, wenn ein Erblasser dem Einen sein bewegliches, dem Anderen sein unbewegliches Vermögen zugewendet hat, im Zweifel Beide als Erben zu betrachten seien und zwar in dem Verhältnisse, in welchem der Werth des einem Jeden Hinterlassenen zu dem Werthe der ganzen Erbschaft steht.

Die im vorstehenden § aufgestellten Sätze beruhen in Sachsen insofern auf einem anerkannten Gerichtsbrauche, als sie nicht nur bei dem Erbrechte, welches der Ehemann nach dem älteren Rechte an dem gesammten Mobiliarnachlasse seiner Ehefrau hatte, unzweifelhaft galten [1], sondern auch nach Analogie dieses Verhältnisses des Ehemanns, als Mobiliarerben, zu den Intestaterben, als Immobiliarerben, auch andere Fälle, in welchen es sich um die Sonderung des Mobiliarvermögens von dem Immobiliarvermögen handelt, beurtheilt wurden [2].

---

§ 61. Vertretbar sind Sachen, welche, wenn sie Gegenstand eines Rechtsverhältnisses sind, durch Sachen derselben Gattung geleistet werden können. In der Regel gehören dahin alle Sachen, welche im Verkehre nach Maß, Zahl oder Gewicht bestimmt werden.

Motive. Es giebt eine Menge beweglicher Sachen, welche im täglichen Leben in der Regel nicht als Species behandelt werden, weil erstens ihre specifische Natur nicht leicht erkennbar ist, und zweitens sie die Lebensbedürfnisse nicht vereinzelt, sondern nur in Masse befriedigen können. Die angegebene natürliche Beschaffenheit der gewöhnlich sogenannten vertretbaren Sachen ist auch für die rechtliche Beurtheilung von nicht geringem Einflusse. Da diese Sachen ihrer Natur nach zum Verbrauche bestimmt sind, so ist in der Regel daran, sie zu haben und zu behalten, wenig gelegen; soweit sie nicht verbraucht werden können, lassen sie sich nur dadurch verwerthen, daß sie verkauft oder vertauscht werden. Auch reducirt sich bei ihnen alles Interesse darauf, daß Sachen der bestimmten Menge und Güte geleistet werden, und sie kommen daher, wenn auch nicht ausschließlich, so doch vorzüglich nur als Quantitäten in Betracht.

Welche Gegenstände zu der hier angegebenen Art von Sachen gehören, ist nach den Ansichten des täglichen Verkehrs zu bestimmen. In der Regel gehören dahin alle Sachen, welche im Verkehre nach Maß, Zahl oder Gewicht bestimmt werden; der Begriff darf aber nicht hierauf beschränkt werden, vielmehr ist dabei auch die Natur des Rechtsgeschäftes und das Uebereinkommen der Interessenten entscheidend. So kann z. B. ein Thier, welches in der Regel nicht eine vertret-

---

1. Haubold, Lehrbuch des Sächs. Privatrechts, § 321.

2. v. Wächter, Handbuch des Württemberg. Privatrechts, Bd. 2, S. 225 folg. glaubt, daß man bei Forderungen auf Sachleistungen im Zweifel darauf zu sehen habe, ob der mittelbare Gegenstand des Rechts ein beweglicher und unbeweglicher sei. Soviel diese Meinung auch für sich zu haben scheint, so hat sie doch entschieden den in Sachsen geltenden Gerichtsbrauch gegen sich. Zudem handelt es sich bei der im § 60 aufgestellten Regel nur um die reine Worterklärung, gewiß wird aber Niemand glauben, daß, wenn er ein Rittergut für 100,000 Thlr. gekauft hat, das Geld, welches er zur Berichtigung des Kaufpreises bereit hält, ein Immobile geworden sei.

bare Sache ist, als solche gelten, wenn es bei Lieferung einer Heerde vorkommt. Und umgekehrt kann ein Einzelstück einer regelmäßig vertretbaren Sache als unvertretbar in Betracht kommen, wenn es sich um die Vindication desselben handelt.

In diesem § hat man durch die Worte: „wenn sie Gegenstand eines Rechtsverhältnisses sind" darauf hinzuweisen beabsichtigt, daß die Entscheidung darüber, ob eine Sache vertretbar sei oder nicht, insbesondere auch von der Natur des auf selbige bezüglichen Rechtsgeschäftes abhängt. Ebenso soll durch den Schlußsatz dem Mißverständnisse vorgebeugt werden, als ob die Bestimmung nach Quantitäten das einzige charakteristische Merkmal für den Begriff der vertretbaren Sachen wäre.

Eine weitere Ausführung des in den Motiven Bemerkten findet man bei Siebenhaar, Correalobligationen S. 225 not. 2 und S. 226 folg. Der gegenwärtige § weist mit den Worten „Sachen, welche, wenn sie — geleistet werden können" ganz richtig darauf hin, daß mit der „Vertretbarkeit" und „Unvertretbarkeit" der Sachen die Begriffe wiedergegeben werden, für welche das römische Recht die Ausdrücke „genus" und „species" hat. Das genus umfaßt mehrere einzelne Sachen, welche jedoch vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit, z. B. Getreide, oder vermöge der ihr von den Menschen gegebenen Bestimmung, z. B. rohe Exemplare eines gedruckten Werkes, Staatspapiere, ganz gleichen Nutzen geben und im Verkehre ganz gleichen Werth haben. Die species dagegen ist eine ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit, oder dem Stücke nach bestimmte Sache. Im Rechte hat der Begriff der Vertretbarkeit (das genus) und der Unvertretbarkeit der Sachen (die species) in mehrfacher Beziehung eine wichtige Bedeutung. So ist z. B. die Vindication eines genus (von der Heerde wird zu dem nachstehenden § die Rede sein) ausgeschlossen. Weiter setzt die obligatio generis die zur Feststellung des Gegenstandes der Obligation erforderliche Bestimmtheit der Gattung (der Art derselben), des Umfanges, der Größe und Zahl voraus (§ 800 des B. G.-B.). Drittens hat, wie in der l. 54 pr. D. de verb. obl. „alias genera, alias species (in obligationem) deducuntur", in Uebereinstimmung mit dem täglichen Verkehre bemerkt wird, die Frage, ob über ein genus (über vertretbare Sachen) oder über eine species (eine dem Stück nach bestimmte Sache) contrahirt worden sei, auf die Frage Einfluß, ob, wenn mehrere Gläubiger oder Schuldner concurriren, die mehreren Sachen nach ideellen Theilen oder nach der Zahl zu theilen seien. — Wie hieraus hervorgeht, giebt es nicht Sachen, welche immer vertretbar sind, und Sachen, welche immer unvertretbar sind, vielmehr kommt es darauf an, ob die Interessenten über ein genus contrahirt haben, ob die Obligation bestimmt genug sei und ob nach ideellen Theilen oder numero getheilt werden könne. Denn ist über eine species contrahirt worden, so kann von einer Vertretbarkeit keine Rede sein.

Von den vertretbaren Sachen sind die verbrauchbaren, d. i. diejenigen zu unterscheiden, deren Zweck darin besteht, daß sie verbraucht oder veräußert werden. Diese Art von Sachen unterliegt namentlich beim Nießbrauch einer sie von andern Arten von Sachen unterscheidenden Beurtheilung (§ 623 des B. G.-B.). Kleidungsstücke sind keine verbrauchbaren Sachen und deßhalb rechnet das B. G.-B. in § 624 den Nießbrauch an solchen im Zweifel zu dem verus ususfructus.

Ueber die Frage, ob Inhaberpapiere als vertretbare Sachen fungiren können, sind zu vergleichen §§ 296. 1039—1047. 1067 des B. G.-B.

---

§ 62. Ein Inbegriff von Sachen, welche im Verkehre unter einer gemeinschaftlichen Bezeichnung begriffen und wie ein Ganzes behandelt werden, macht eine Gesammtsache aus.

Motive. Bei Fassung dieses auf Gesammtsachen (universitates facti oder universitates rerum distantium) bezüglichen § hat man sich unter den verschiedenen Ansichten, welche darüber bestehen, ob die gemeinschaftliche Benennung, oder der gemeinschaftliche Zweck, oder die gemeinschaftliche Bezeichnung das Wesen der Gesammtsache bilde, für die Ansicht entschieden, daß für die Gesammtsachen im Leben und Verkehre ein allgemeiner Begriff bestehe, dieser also nicht willkürlich geschaffen werden könne. Auf bewegliche Sachen hat man den Begriff der Gesammtsache wegen der Vorschrift in § 66 des Entwurfs (§ 64 des B. G.-B.) nicht beschränken können.

Das Gesetzbuch handelt hier von der in der l. 30 pr. D. de usurpat.[1] aufgeführten dritten Classe von Sachen: „tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus, legio, grex“. Ist eine solche Sache Gegenstand eines Rechtsverhältnisses, so läßt sich aus dem bloßen Namen nicht der Umfang der Gesammtsache bestimmen, vielmehr sind dafür andere Momente maßgebend. Zunächst nämlich kommt es, da die Gesammtsachen, z. B. eine Bibliothek, eine Heerde, sich bald vermehren, bald vermindern, bei Feststellung des Umfangs derselben und bei der Bestimmung der einzelnen darunter begriffenen Stücke auf den Zeitpunkt an, mit Hinsicht auf welchen sie zu Gegenständen eines Rechtsverhältnisses gemacht worden sind. So wird bei Rechtsgeschäften unter Lebenden, soweit nicht eine andere Absicht vorliegt, wie dieß namentlich bei bedingten Geschäften mitunter der Fall sein kann, in der Regel auf die Zeit des Geschäftsabschlusses zu sehen und der Umfang der Gesammtsache mit Rücksicht hierauf zu bestimmen sein. (§§ 410—412. 419—423 des B. G.-B.) Anders verhält es sich mit dem Vermächtniß einer Gesammtsache. Denn dieses bezieht sich in der Regel auf Alles, was zur Zeit des Todes des Erblassers zu der vermachten Gesammtsache gehört (§ 2463 des B. G.-B.). Weiter giebt es einige Rechtsverhältnisse, bei welchen der Begriff der Gesammtsache, als eines aus mehreren einzelnen Sachen bestehenden Ganzen, nicht durchschlägt, z. B. beim Besitz (§ 191 des B. G.-B.), andere, bei welchen die eigenthümliche Natur der Gesammtsachen eine besondere Beurtheilung des Rechtsverhältnisses erfordert, z. B. bei der Gewähr der Fehler und der Entwährung (§§ 915. 939 des B. G.-B.).

Ueber die Frage, ob eine Gesammtsache, ohne Angabe der darunter begriffenen Stücke, vindicirt werden könne, ist Nachstehendes zu bemerken.

Nach römischem Rechte konnte eine Heerde, ohne specielle Angabe der einzelnen Stücke, vindicirt werden. (l. 1. § 3 D. de rei vind.) Als Eigenthümer der Heerde galt aber nicht blos Derjenige, welcher Eigenthümer der sämmtlichen Stücke war, sondern auch Derjenige, welcher Eigenthümer der Mehrzahl der Stücke war, selbst wenn die Minderzahl einem Dritten gehörte; jedoch kamen, wenn der Besitzer der Heerde verurtheilt wurde, die fremden Stücke nicht zur Restitution. (l. 1 § 3 l. 22 D. de rei vind.) Waren zwei Personen nach einer gleichen Stückzahl Eigenthümer der Heerde, so war keiner zur Vindication der ganzen Heerde berechtigt. (l. 2 D. de rei vind.) Der Eigenthümer der Heerde konnte, unter den angegebenen Voraussetzungen, die ganze Heerde vindiciren, nicht blos, wenn die Stücke, welche die Heerde ausgemacht hatten, noch vorhanden, sondern auch, wenn beim Abgange einzelner Stücke andere an deren Stelle substituirt,

---

1. Tria genera sunt corporum, unum quod continetur uno spiritu et graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia; alterum quod ex contingentibus, h. e. pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta sed uni nomini subjecta, veluti populus, legio, grex.

ja sogar, wenn alle Stücke abgegangen und durch andere ersetzt worden waren (l. 3 D. de rei vind.), was mit dem Ausspruche in der l. 76 D. de re jud., daß, wenn eine Sache nach und nach in ihren Theilen so oft durch neue Theile ersetzt worden ist, daß deren sämmtliche Theile neue sind, dessenungeachtet die Sache dieselbe bleibt, übereinstimmt.

Ob die Vorschriften des römischen Rechts über die Vindication der Heerde auch noch nach dem Gesetzbuche gelten, hängt davon ab, ob die ratio für dieselben in der natürlichen Beschaffenheit der Heerde liegt. Dieß glauben wir bejahen zu müssen, weil eine Heerde, unter welcher selbstverständlich nicht jede beliebige Anzahl einzelner Stücke, sondern ein bestimmter Viehbestand, insbesondere eines ländlichen Grundstücks, zu verstehen ist, nicht blos ein Ganzes ausmacht, sondern auch, wenn die geworfenen Jungen landwirthschaftlichen Grundsätzen nach aufgezogen werden, die Bedingungen zu Erhaltung ihrer Fortdauer und sogar ihrer Vollzähligkeit in sich enthält.

Diese ratio gilt bei andern Gesammtsachen, z. B. einer Bibliothek, einem todten Gutsinventar, nicht; es ist daher deren Vindication im Ganzen ausgeschlossen, jedoch bieten die §§ 1565. 1566 dem Eigenthümer ein Aushülfemittel; auch würde, nach den Umständen, eine condemnatoria nach einem von dem Verurtheilten zu edirenden Verzeichnisse nicht ausgeschlossen sein. (Man vergl. übrigens zu dem gegenwärtigen § Annalen N. F. Bd. 1, S. 415.)

---

§ 63. Die Vereinigung mehrerer beweglicher Sachen zu einer Gesammtsache bewirkt an sich keine Aenderung der Rechte und Verbindlichkeiten, welche in Ansehung der einzelnen Stücke stattfanden. Wenn von einer Gesammtsache nur eine einzelne Sache übrig ist, so dauert das Recht, welches Jemand an jener hatte, an dieser fort.

Motive. Durch den Schlußsatz dieses § hat ausgesprochen werden sollen, daß ein Recht, welches an einer Gesammtsache begründet ist, fortbesteht, wenn auch diese wechselt, sich mehrt oder mindert, daß dieß auch als Regel selbst dann gilt, wenn die Gesammtsache von der Art ist, daß eine Vermehrung oder der Wegfall eines Stückes ihren Begriff aufhebt, z. B. ein Viergespann, indem man die in l. 31 D. quibus modis ususfr. amitt. enthaltene gegentheilige Bestimmung als Ausnahme zu betrachten hat, welche auf andere Verhältnisse, als den Nießbrauch, nicht zu beziehen ist.

Nach dem ersten Satze dieses § würde z. B. Derjenige, welcher eine Bibliothek durch Kauf erwirbt, kein Recht an den Büchern haben, welche der Verkäufer blos geliehen gehabt hat, und ebensowenig würden Demjenigen, welchem eine Heerde vermacht ist, die darunter befindlichen fremden Stücke gehören.

Der zweite Satz dieses § stimmt mit dem gemeinen Rechte überein; doch wird er häufig mißverstanden. So glaubt man mitunter, daß der Satz nicht zutreffe, wenn es sich um das Vermächtniß eines Viergespannes handle, weil, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers ein Pferd umgestanden ist, der Vermächtnißnehmer die drei übrigen Stücke nicht fordern kann (l. 65 § 1 D. de leg. II.). Dieß ist aber nicht richtig. In dem angegebenen Falle hängt Alles von der muthmaßlichen Absicht des Erblassers ab. Ist diese dahin gegangen, blos das Viergespann als Ganzes zu vermachen, so fällt natürlich das Vermächtniß weg, wenn durch den Abgang eines Pferdes der vermachte Gegenstand bei Lebzeiten des Erblassers untergeht (§ 2420 des B. G.-B.). Hat dagegen der Erblasser die einzelnen vier Pferde, welche er als ein Viergespann benutzt und deßhalb mit dem Ausdruck „Viergespann" be-

zeichnet hat, zu vermachen beabsichtigt, so hat der Vermächtnißnehmer auf die nach Abgang eines Stücks noch übrigen drei Stücke Anspruch (§§ 2463. 2468 des B. G.-B.). In gleicher Weise würde es nicht richtig sein, wenn man behaupten wollte, daß das Vermächtniß des Nießbrauchs an einer Heerde wegfallen müsse, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers blos noch so wenige Stücke vorhanden sind, daß auf sie der Begriff der Heerde nicht paßt. Zum Theil nämlich gilt hier das über das Vermächtniß eines Viergespanns Gesagte; es kommt aber noch in diesem Falle hinzu, daß der Nießbrauch überhaupt erlöscht, wenn dessen Gegenstand untergeht, oder in einen andern verwandelt wird (§ 653 des B. G.-B.)

---

§ 64. Mehrere Grundstücke, welche auf Ein Folium des Grundbuchs eingetragen sind, werden als Gesammtsache angesehen.

Motive. Dieser § enthält im Wesentlichen blos eine Wiederholung der Vorschrift in § 154 des Gesetzes v. 6. November 1843, das Hypothekenwesen betreff. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß hier von Gesammtsachen bei Immobilien blos in ihrer Beschränkung auf privatrechtliche Verhältnisse die Rede ist und der in das öffentliche Recht einschlagenden Frage, unter welchen Voraussetzungen mehrere einzelne geschlossene Grundstücke zu einer Gesammtsache vereinigt werden können, oder, wenn sie vereinigt sind, eine Abtrennung zuläßig sei, nicht hat vorgegriffen werden sollen.

Nach der Bestimmung dieses § in Verbindung mit dem zu § 62 Gesagten würde die Frage, ob, wenn die Erben eines Schenkers, welche zu dem schenkungsweise versprochenen Hause einen Garten beigefügt haben (auf das Folium des Hauses einen Garten haben eintragen lassen), dem Beschenkten das Haus sammt Garten zu überliefern verbunden sind, zu verneinen sein, weil mehrere auf Einem Folium eingetragene Grundstücke Gesammtsache, nicht Pertinenz sind.

---

§ 65. Als Zubehörungen einer Sache werden Sachen angesehen, welche, ohne Bestandtheile derselben zu sein, zu fortdauerndem Gebrauche bei ihr bestimmt und entweder körperlich mit ihr verbunden oder in das zu diesem Gebrauche erforderliche Verhältniß gebracht sind.

Motive. In diesem § und den folgenden §§ ist von den Zubehörungen der Sachen (Pertinenzien) die Rede.

Soviel die in vorstehendem § gegebene allgemeine Charakteristik der Zubehörungen anlangt, so ließ sich dieselbe nicht umgehen, weil, wenn man sich hätte damit begnügen wollen, Dasjenige, was mit Rücksicht auf Landgrundstücke, Gebäude und bewegliche Sachen als Zubehör gilt, bei den einzelnen Rubriken anzugeben, es an einem leitenden Grundsatze für die Beurtheilung der Zubehörigkeit überhaupt, mithin an einem Principe gefehlt haben würde, welches in den Fällen, auf welche in dem B. G.-B. nicht speciell Rücksicht genommen worden wäre, das erforderliche Anhalten hätte geben können.

Von dem Begriffe der Zubehörungen hat man Alles ausgeschieden, was als Bestandtheil einer Sache zu betrachten ist, insbesondere auch den mit der Sache verbundenen Zuwachs. Soviel nämlich die Bestandtheile einer Sache betrifft, so lassen sich diese von der Sache selbst nicht gesondert denken, weil das Begriffs-

ganze der Sache in dem bestimmten Zwecke beruht, welchem alle zusammengehörige Bestandtheile dauernd dienen sollen. Diese Vorstellung hat auch den römischen Juristen vorgeschwebt, indem in der l. 23 § 5 D. de R. V. gesagt wird, es würden diese Sachen „uno spiritu“ zusammengehalten, ferner in der l. 76 D. de jud. an einem Beispiele nachgewiesen wird, daß es die Einheit des Zweckes sei, welche die Identität dieser Sachen durch allen Wechsel ihrer Bestandtheile hindurch aufrecht erhält.

Als Zubehörungen sind hiernach, wie auch im § selbst gesagt wird, nur diejenigen Sachen zu betrachten, welche, ohne Bestandtheile der Sache zu sein, einem bestimmten Zwecke derselben dauernd dienen sollen.

Durch die bloße Bestimmung einer Sache, den Zwecken einer anderen Sache zu dienen, wird aber der Begriff der Zubehörung nicht erschöpft, vielmehr wird dazu auch noch eine gewisse äußerliche Verbindung erfordert, welche nicht gerade immer in einer Cohäsion zu bestehen braucht, sondern auch in dem Einbringen in das Haus oder in dem Gebrauch der Sache liegen kann. Um dieses Erforderniß der Pertinenzialeigenschaft auszudrücken und namentlich dem Mißverständnisse vorzubeugen, als ob eine Zubehörigkeit einer Sache nach Umständen auch schon daraus zu entnehmen sei, daß ihr eine specifisch für die Zwecke einer anderen Sache berechnete Beschaffenheit gegeben worden ist, sind die Worte: „und entweder körperlich vereinigt oder in das zu diesem Gebrauche erforderliche Verhältniß gebracht sind“ beigefügt.

Faßt man das vorstehend Gesagte zusammen, so reducirt sich die Begriffsbestimmung der Zubehörung erstens auf das negative Merkmal, daß ein integrirender Bestandtheil einer Sache nicht Zubehörung derselben ist, und zweitens auf das positive Merkmal, daß die Zubehörung die Bestimmung hat, den Zwecken der Hauptsache (nicht den Zwecken des Besitzers dieser) zu dienen. In den einzelnen Fällen werden, zumal der Ausdruck „Zubehörung“ im täglichen Leben häufig auch von den Bestandtheilen der Sache gebraucht wird, immer Zweifel übrig bleiben. Bei Erledigung dieser Zweifel wird auf die im Leben herrschenden Ansichten, häufig auch auf das Gutachten Sachverständiger zu recurriren sein.

Wie der Begriff der Zubehörungen in dem B. G.-B. festgestellt ist, kann derselbe mit dem, was erd-, wand-, band-, wurzel- und nagelfest ist, nicht für identisch angesehen werden, und es müßten, wenn in einem einzelnen Falle diese Clausel vorkäme, für die Ermittelung des darunter Begriffenen andere Rücksichten gelten, als die der Bestimmung der Pertinenzqualität zu Grunde liegenden.

Das B. G.-B. hat keine allgemeinen Sätze, wohl aber bei den einschlagenden Lehren specielle Vorschriften über den Zuwachs, dessen Begriff von dem der Zubehörung wesentlich differirt. Unter Zuwachs versteht man Alles, was zu einer Sache in der Weise hinzukommt, daß der Eigenthümer der Sache vermöge seines Eigenthums an dieser auch das Hinzugekommene erwirbt. Einzelne Arten des Zuwachses sind die Alluvion, die in einem Flusse entstandene Insel, das verlassene Flußbett (§§ 281. 282 des B. G.-B.), der zu der Proprietät einer Sache zurückfallende fremde Nießbrauch (§§ 649—656 des B. G.-B.), das auf einem Grundstücke erbaute Gebäude (§ 286 des B. G.-B.), die Pflanzen und Bäume von der Zeit an, wo sie Wurzel fassen (§ 285 des B. G.-B.), endlich die hängenden Früchte, fructus pendentes (§§ 73. 74 des B. G.-B.). Dagegen rechnet das Gesetzbuch den thesaurus nicht zu dem Zuwachse (§ 236 des B. G.-B.).

§ 66. Rechtliche Verfügungen über eine Sache erstrecken sich ohne Weiteres auf deren Zubehörungen, selbst wenn letztere nach der Verfügung zur ersteren gekommen sind.

Motive. Durch die Fassung dieses § ist jeder Zweifel darüber ausgeschlossen, daß erstens die Vindication unter den sonstigen Voraussetzungen statthaft ist, wenn der Eigenthümer einer Sache eine fremde Sache zu jener in das Verhältniß einer Zubehörung widerrechtlich gebracht hat, und zweitens Rechte, welche an einer Hauptsache erworben werden, sich auf die Zubehörungen blos im Verhältnisse zu dem Auctor erstrecken, namentlich aber das Recht, welches der Erwerber an der Hauptsache erlangt, Dritten gegenüber ein ganz anderes sein kann, als dasjenige, welches er an der Zubehörung erwirbt.

Unter den Verfügungen über eine Sache, welche sich nach dem vorliegenden § ohne Weiteres auch auf deren Zubehörungen beziehen, sind nicht blos Verfügungen unter Lebenden, sondern auch Verfügungen auf den Todesfall zu verstehen. Soviel die Verfügungen auf den Todesfall betrifft, so ist für die Frage, auf welche Zubehörungen sich die Verfügung beziehe, im Zweifel die Zeit des Todes des Erblassers entscheidend (§ 2451 des B. G.-B.). Soviel dagegen die Verfügungen unter Lebenden anlangt, so läßt sich allerdings darüber streiten, ob die Verfügung blos auf die zur Zeit derselben vorhandenen Zubehörungen zu beschränken, oder auch auf die später hinzugekommenen auszudehnen sei. Das B. G.-B. hat in dem vorliegenden § das letztere angenommen und davon in §§ 410. 605. 1090 specielle Anwendung gemacht. Abgesehen nun selbst davon, daß der § 410 noch insbesondere durch das Ingrossationssystem gerechtfertigt wird, so ist, wenn von andern Personen, als dem Verfügenden, Sachen in das Verhältniß von Zubehörungen zu dem Gegenstande der Verfügung gebracht worden sind, ein Grund nicht abzusehen, warum der Verfügende diese Zubehörungen für sich in Anspruch zu nehmen berechtigt sein sollte, und ebenso ist, wenn der Verfügende selbst ein solches Zubehörungsverhältniß hergestellt hat, anzunehmen, daß er dieß mit der Absicht, den Hauptgegenstand zu verbessern, gethan habe, also der Gesichtspunkt der impensae in rem factae maßgebend.

Fast wird es der Bemerkung nicht bedürfen, daß von den Verfügungen über die Hauptsache die Zubehörungen ausgenommen werden können, ferner daß, wenn bewegliche Sachen in das Verhältniß von Zubehörungen zu Grundstücken gebracht werden, sie ihre Eigenschaft als bewegliche Sachen, z. B. bei der Ersitzung, nicht verlieren, daß endlich die Vindication der Hauptsache sich nicht auf die Zubehörungen erstreckt, welche der Besitzer hinzugefügt hat.

---

§ 67. Eine Zubehörung verliert die Eigenschaft einer solchen, wenn die Verbindung oder das Verhältniß, welches diese Eigenschaft begründete, dergestalt aufgehoben worden ist, daß ihre Bestimmung zu fortdauerndem Gebrauche bei der Sache aufgehört hat.

Motive. Nach diesem § besteht das entscheidende Merkmal einer Trennung, durch welche das Pertinenzialverhältniß aufgehoben wird, darin, daß die zum Zwecke des Gebrauches der Pertinenz für die Hauptsache bewirkte Verbindung der ersteren mit der letzteren für immer gelöst wird.

§ 68. Unter den allgemeinen Voraussetzungen, welche die Eigenschaft als Zubehörung begründen, sind insbesondere bei einem Grundstücke die darauf befindlichen Anlagen, bei einem Teiche die Fische in demselben, bei einem Wohnhause der Hofraum, die Fensterladen, die Winterfenster, die Oefen, die Löschgeräthschaften als Zubehörungen anzusehen. Das Nämliche gilt von den auf eine unbewegliche Sache sich beziehenden Urkunden, Rissen und Karten.

Motive. In diesem § werden einige Zubehörungen der Grundstücke und Wohnhäuser aufgeführt. Dem oben aufgestellten Principe gemäß hat man dabei Alles ausgeschieden, was nicht zu den Zubehörungen im engeren Sinne gehört, sondern unter den Begriff der Bestandtheile fällt. Aus diesem Grunde waren nicht zu erwähnen bei Grundstücken Grund und Boden, Bäume, Pflanzen, Früchte, bei Wohnhäusern die Blitzableiter. Die Gebäude als Zubehörungen des Grund und Bodens aufzuführen, hat man Bedenken getragen, weil, sofern sie solche sind, deren Verbindung mit einem Grundstücke ein dauernder Zweck unterliegt, sie zu den Bestandtheilen des Grundstückes gehören und, sofern sie nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit einem Grundstücke verbunden sind (kleine Bauten, Bauwerke oder Baulichkeiten), sie durch die in diesem § erwähnten „Anlagen" getroffen werden. Die Aufzählung der Zubehörungen ist eine blos exemplicative, namentlich sind Gegenstände, bei welchen ein Zweifel überhaupt nicht möglich schien, z. B. zu einem Weinberge bestimmte Pfähle, Gartenlauben, Brunneneimer, Klingelzüge, Parquetfußböden, Krippen, Statuen auf Dächern und Mauern, nicht besonders erwähnt worden. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die Pertinenzialeigenschaft dieser sämmtlichen Gegenstände nur dann angenommen werden kann, wenn die allgemeinen Voraussetzungen der Pertinenzien, der Gebrauch zum Zwecke der Hauptsache und die Verbindung — Cohärenz, Einbringen in das Haus oder Grundstück, Anwendung der Sache — vorhanden sind. Diese Bemerkung gilt namentlich auch von den am Schlusse dieses § genannten Urkunden, Rissen und Karten, indem diese nur dann als Pertinenzien zu betrachten sind, wenn sie sich auf bestimmte Grundstücke beziehen, dagegen keine Pertinenzialeigenschaft haben, wenn sie nicht zum Gebrauche des Grundstückes zu dienen bestimmt sind. Von Flurkarten, welche sich der Eigenthümer eines Grundstücks bei der Landesvermessung hätte machen lassen, würde anzunehmen sein, daß sie Zubehörung des Grundstücks seien. Von dem Luftraume über dem Grundstücke wird in § 229 des Entwurfs (§ 218 des B. G.-B.) gehandelt.

---

§ 69. Sind zu einem Fabrikgeschäfte oder zu einem anderen Gewerbe wesentlich bestimmte und eingerichtete Gebäude oder Theile derselben in dieser Eigenschaft Gegenstände eines Rechtsgeschäfts, so gehören dazu auch die zur Ausübung des Geschäfts oder Gewerbes dienenden Werkzeuge, Geräthschaften und Maschinen.

Wie nach den vorstehenden §§ Sachen schon vermöge ihrer Bestimmung und äußerlichen Verbindung Zubehörungen anderer Sachen sein können, so läßt sich denken, daß bei gewissen Rechtsgeschäften, vermöge der muthmaßlichen Absicht der Contrahenten, einzelnen Sachen die Pertinenzialeigenschaft zukommen kann, welche sie außerdem nicht haben. Die Fälle, in welchen dieß anzunehmen sein kann, lassen sich wegen ihrer großen Man-

nichfaltigkeit nicht erschöpfen, und wenn in diesem § und dem folgenden auf zwei Fälle dieser Art Rücksicht genommen wird, so sind dieß eben blos Beispiele, welche der Erwähnung bedurften, weil sie am häufigsten vorkommen.

Der gegenwärtige § betrifft den Fall, wo zu einem Fabrikgeschäfte oder zu einem andern Gewerbe wesentlich bestimmte und eingerichtete Gebäude oder Theile derselben in dieser Eigenschaft Gegenstände eines Rechtsgeschäfts sind. In diesem Falle soll als präsumtiv gelten, daß sich das Rechtsgeschäft auch auf die zur Ausübung des Fabrikgeschäfts oder anderen Gewerbes dienenden Werkzeuge, Geräthschaften und Maschinen bezieht, diese also nach der muthmaßlichen Absicht der Contrahenten Zubehörungen des Gebäudes oder der fraglichen Theile desselben sind. Die einzelnen Theile sind besonders hervorgehoben worden, weil es sehr wohl denkbar ist, daß blos einzelne Räume oder Localitäten zu dem Fabrikgeschäfte oder Gewerbe eingerichtet sind. Der bei den Pertinenzien geltende allgemeine Grundsatz, daß bewegliche Sachen, obschon sie Pertinenzien einer unbeweglichen Sache sind, ihre Eigenschaft als bewegliche nicht verlieren, gilt auch bei den Pertinenzien, welche dieß vermöge der muthmaßlichen Absicht der Contrahenten sind. Eine Folge davon ist unter andern die, daß, wenn zum Betriebe eines Gewerbes eingerichtete Gebäude in dieser Eigenschaft verpfändet werden, sich die Hypothek nicht unbedingt auf alle zur Ausübung des Gewerbes dienenden Werkzeuge, Geräthschaften und Maschinen erstreckt, sondern in dieser Hinsicht andere Grundsätze gelten (§ 411 des B. G.-B.).

---

§ 70. Ist ein zur Landwirthschaft eingerichtetes Grundstück in dieser Eigenschaft Gegenstand eines Rechtsgeschäfts, so gehören dazu auch das vorhandene Vieh, Schiff und Geschirr, soweit es zur Bewirthschaftung erforderlich ist, ferner die vorhandenen Wirthschaftserzeugnisse, soweit sie bis zu der Zeit, zu welcher man gleiche oder ähnliche Erzeugnisse aus dem Grundstücke zu gewinnen pflegt, zur Fortführung der Wirthschaft nöthig sind, und die vorhandenen Düngemittel, welche auf dem Grundstücke erzeugt oder für das letztere angeschafft worden sind.

Motive. Soviel insbesondere das in diesem § erwähnte Gutsinventar, ingleichen die dort bezeichneten Vorräthe betrifft, so ist an unserem bisherigen Rechte, nach welchem das Inventar, abgesehen von dem Falle einer besonderen Verabredung unter den Contrahenten, und die Vorräthe nicht Pertinenzien waren, im Wesentlichen nichts geändert worden, weil die darauf bezügliche Vorschrift nach dem hervorgehobenen Gesichtspunkte nur den Fall betrifft, wo ein Grundstück mit Beziehung auf seine Bestimmung zur Landwirthschaft Object einer Verfügung ist, im entgegengesetzten Falle aber das Inventar und die Vorräthe von den Zubehörungen ausgeschlossen sind.

Durch diesen § hat nicht ausgedrückt werden sollen, daß das Gutsinventar als Theil des Grundstücks selbst und wie dieses als eine unbewegliche Sache zu betrachten sei[1]. In

1. Die Frage, ob die Hypothek sich auch auf das Inventar erstreckt, ist bereits bei Berathung des § 64 des Gesetzes v. 6. Nov. 1843 (Landt.-Act. 1843, Abth. 1, Bd. 2, S. 20 folg.) ausführlich besprochen worden. Das B. G.-B. hat sich für die verneinende Ansicht entschieden, weil das Inventar in jedem Falle eine res mobilis ist und das Ingrossationssystem auf dasselbe nicht paßt, auch, da die Hypothekengläubiger gegen den Verkauf des Inventars insoweit, als darin eine Devastation des verpfändeten Grundstückes liegt, schon ohnedem ein Widerspruchsrecht haben, zu

wie weit sich eine Hypothek auf das Gutsinventar, die Gutsvorräthe und die Düngemittel erstreckt, ist in § 412 des B. G.-B. bestimmt.

Die Worte „die vorhandenen Wirthschaftserzeugnisse — nöthig sind" haben einen Sinn, welcher namentlich für die Frage, in wie weit die Ernte eines Grundstücks von dem Usufructuar oder Pachter als Früchte des Grundstücks in Anspruch genommen werden können, von Einfluß sind.

Ueber die für das Grundstück angeschafften Düngemittel ist noch Nachstehendes zu bemerken: Unter den Erinnerungen, welche mehrere Mitglieder der II. Kammer der Ständeversammlung gegen das B. G.-B. aufstellten, befand sich auch eine gegen den vorliegenden § (Landt.-Act. v. J. 1859/60, Beil. z. 3. Abth., Bd. 3, S. 805), dahin gehend, daß statt der Worte „oder für das letztere angeschafft sind" die „angeschaffte jedoch nur dann, wenn sie bereits auf dem Felde befindlich sind" gesetzt werden möchten. Die II. Kammer fand aber diese Erinnerung nicht begründet, indem sie dem Gutachten ihrer Deputation beitrat, in welchem namentlich hervorgehoben wurde (Landt.-Act. a. a. O., S. 772 folg.), daß es sich in diesem § blos um die Ermittelung der muthmaßlichen Willensmeinung der Contrahenten in Beziehung auf Das, was zu dem Landgrundstücke gehören solle, handle, und hierbei lediglich darauf zu sehen sei, ob die Gegenstände, die in Frage kämen, für das Grundstück bestimmt seien, bei für das Grundstück angeschafften Düngemitteln aber diese Bestimmung mit Grunde nicht in Zweifel gezogen werden könne. (Man vergl. auch Annalen N. F. Bd. 2, S. 394. S. 518. Bd. 3, S. 74 folg. und S. 531.)

---

§ 71. Bewegliche Sachen können unter den allgemeinen Voraussetzungen Zubehörungen einer beweglichen Sache sein, insbesondere bei einem Schiffe auch Boote, Ruder, Segelstangen.

Motive. Bei beweglichen Gegenständen ist der Begriff der Haupt- und Nebensache in dem einzelnen Falle namentlich mit Rücksicht darauf festzustellen, welche Sache die Brauchbarkeit der anderen Sache nach deren besonderem Zwecke zu befördern bestimmt ist. Für alle Fälle geltende allgemeine Vorschriften lassen sich dafür nicht geben, weil dieselbe Sache nach der verschiedenen Bedeutung, welche ihr vermöge des concreten Verhältnisses zukommt, bald als Hauptsache, bald als Nebensache erscheinen kann. Man hat sich daher auch auf nur wenige Beispiele beschränkt.

Der zu § 69 angegebene Grundsatz, daß, vermöge contractlicher Bestimmungen, Manches als Zubehörung zu betrachten sein kann, was vermöge seiner Natur diese Eigenschaft nicht hat, gilt auch von den beweglichen Sachen, als Zubehörungen anderer beweglichen Sachen. So läßt sich denken, daß Sattel und Zeug, obschon an sich nicht Zubehörungen des Pferdes, in dem einzelnen Falle nach der muthmaßlichen Absicht der Contrahenten zu dem verkauften Pferde gehören.

---

einer singulären Ausnahmebestimmung kein ausreichender Grund vorliegt. Diese Rücksichten sind auch für die Frage, ob es statthaft sei, das Inventar freiwillig mit dem Grundstücke dergestalt zu verpfänden, daß die Hypothek darauf eingetragen wird, maßgebend, indem das Inventar, vermöge seiner Eigenschaft, keinen Gegenstand der Eintragung abgiebt und es daher auch nicht der Willkür der Interessenten anheimgegeben sein kann, dasselbe beliebig für einen solchen zu erklären, selbst abgesehen von den unübersehbaren Verwirrungen, welche dann entstehen müßten, wenn der Grundeigenthümer bei wiederholter Verpfändung seines Grundstücks dasselbe Einigen mit, Anderen ohne Inventar verpfändete.

§ 72. Unter Nutzungen werden die Früchte und der Gebrauch einer Sache begriffen.

Motive. In diesem § und den folgenden §§ ist theils von den Nutzungen einer Sache überhaupt, theils von den Früchten derselben insbesondere die Rede. Man hat sich für diesen Sprachgebrauch, nach welchem „Nutzungen“ von den „Früchten“ unterschieden werden, gegen die Vorschläge, entweder Alles mit dem Ausdrucke „Früchte“, oder Alles mit dem Ausdrucke „Nutzungen“ zu befassen, aus nachstehenden Gründen entschieden. Für den ersteren Vorschlag war geltend gemacht worden:

Der Ausdruck „Früchte“ sei bezeichnender, als der „Nutzungen“, er sei in der Sprache recipirt und deßhalb beizubehalten. Noch dazu deute er ein wesentliches Merkmal an, welches die Frucht als Nebensache von den Bestandtheilen der Hauptsache scharf sondere, und welches in dem Ausdrucke „Nutzungen“ nicht hervortrete. Nicht jedes Erzeugniß aus einer Sache sei eine Frucht derselben, wenn man es auch eine Nutzung nennen möge, sondern nur dasjenige Erzeugniß, zu dessen Hervorbringung die Sache bestimmt sei. Daher gehörten z. B. Windbrüche nicht zu den Früchten, ebenso nicht der einem Pferde abgeschnittene Schweif, obwohl sie Erzeugnisse der Hauptsache seien, während das schlagbare Holz aus einem Walde und die Wolle einer Heerde Früchte seien.

Für den letzteren Vorschlag war angeführt worden:

Es bedürfe des allgemeinen Begriffes der Nutzungen, weil die Bezeichnung „bürgerliche Früchte“ ein juristischer, dem gewöhnlichen Leben fremder sei. Auch bezeichne der Sprachgebrauch die Jungen der Thiere nicht als Früchte, sondern als Nutzungen der Thiere. Ueberhaupt sei das Wort „Nutzungen“ ein allgemeiner Ausdruck, welcher alle möglichen Einkünfte umfasse, während man unter „Früchten“ nur eine Untergattung derselben, nämlich die eigentlichen Erzeugnisse aus der Sache, zu verstehen gewohnt sei. Insbesondere aber bedürfe es eines allgemeineren Begriffes, um das Verhältniß zur Anschauung zu bringen, in welchem der Umfang Dessen, was, dem Proprietar gegenüber, ein Berechtigter in Anspruch zu nehmen habe, erschöpft werde, und dieß sei nur durch den Ausdruck „Nutzungen“, nicht aber durch den „Früchte“ möglich, indem mit dem letzteren weder die Jungen der Thiere, noch der Dünger, noch das Gebrauchsrecht, noch der Gewinn, welchen das Behalten der Aeste bei ordnungsmäßiger Beschneidung der Bäume gewähre, worauf allenthalben der Nießbraucher berechtigt sei, getroffen würden.

Man hat sich schließlich für die Mittelmeinung entschieden und in diesem § von den „Nutzungen“, worunter man außer den natürlichen und bürgerlichen Früchten einer Sache auch den Gebrauch derselben befaßt hat, und in den folgenden §§ von den „Früchten“ im Wesentlichen in der den gemeinrechtlichen Begriffen entsprechenden Bedeutung gehandelt.

---

§ 73. Natürliche Früchte sind die Erzeugnisse aus einer Sache. Bürgerliche Früchte sind alle sonstige Einkünfte, welche von einer Sache gewonnen werden. In wie weit zu den ersteren auch eine die Substanz mindernde Benutzung einer Sache zu rechnen ist, entscheiden besondere Bestimmungen.

Motive. Soviel die in diesem § angegebenen bürgerlichen Früchte angeht, so sind darunter insbesondere Pacht- und Miethgelder und Zinsen von Capitalien zu verstehen.

Ueber den im Schlußsatze dieses § erwähnten, die Substanz mindernden Gebrauch der Sache ist in § 625 des Entwurfs (§ 609 des B. G.-B.) das Nöthige bestimmt.

Für den Begriff der natürlichen Früchte ist es gleich, ob sie blos durch die natürliche Productionskraft der Sache, oder auch durch menschliche Cultur hervorgebracht werden; es gehören insbesondere dahin bei Grundstücken die Getreide- und Futterernten, die Obstnutzungen, bei Thieren die Jungen, die Milch und die Wolle. Die bürgerlichen Früchte sind zwar im eigentlichen Sinne des Wortes keine von der Sache erzeugte Früchte, werden aber im Rechte als solche betrachtet, weil sie die Stelle der Früchte vertreten. Dagegen bedurfte es hier keiner Erwähnung, daß in gewissen Rechtsverhältnissen, namentlich beim Nießbrauch, einzelne organische Erzeugnisse, z. B. Bäume, welche der Wind umgerissen hat, um deßwillen nicht unter den Begriff der Früchte fallen, weil sie keine solchen Erzeugnisse sind, zu deren Hervorbringung die Sache den natürlichen und gewöhnlichen Begriffen nach bestimmt ist. Denn das Speciellere darüber gehört in die einzelnen Lehren, namentlich in die Lehre vom Nießbrauch an nicht verbrauchbaren Sachen (§§ 604—609 des B. G.-B.).

---

§ 74. Die natürlichen Früchte sind erhoben, wenn sie von der Hauptsache getrennt sind und entweder diese Trennung in der Absicht geschehen ist, sich die Früchte zuzueignen, oder sonst eine Handlung der Zueignung an den Früchten vorgenommen worden ist. Die bürgerlichen Früchte sind erhoben, wenn deren Einnahme erfolgt ist.

Motive. Die auf die fructus naturales bezügliche Vorschrift dieses § bezieht sich nur auf die Erhebung der Früchte; über deren Erwerb, ingleichen über die Pflicht zu deren Herausgabe sind die §§ 255 und 256 des Entwurfs (§§ 244. 245 des B. G.-B.), sowie §§ 319 und 320 des Entwurfs (§§ 308. 309 des B. G.-B.) zu vergleichen. Die fructus percipiendi waren hier nicht zu erwähnen, weil bei denselben Alles von einer richtigen Auffassung des Rechtsverhältnisses, bei dem die Erstattung der Früchte in Frage kommt, und von einer richtigen Anwendung der Vorschriften über die culpa abhängt.

Noch nicht erhobene natürliche Früchte (fructus pendentes) sind integrirende Theile der Sache, welche sie hervorbringt. Eine Tradition derselben ohne die Sache ist ausgeschlossen.

---

§ 75. Wer erhobene Früchte herauszugeben oder zu ersetzen hat, kann die Erstattung der wegen Hervorbringung, Erhebung und Aufbewahrung derselben gehabten nothwendigen Verwendungen verlangen.

Motive. In diesem § wird die Frage, ob Derjenige, welcher erhobene Früchte herauszugeben oder zu ersetzen hat, die wegen Hervorbringung, Erhebung und Aufbewahrung derselben gehabten nothwendigen Verwendungen fordern könne, bejahend entschieden, und zwar ohne Unterschied zwischen der bona oder mala fides des zur Herausgabe oder zum Ersatze Verpflichteten. Diese Bestimmung

entspricht dem römischen Rechte, nach welchem die impensae propter fructus factae, d. i. die auf Hervorbringung und die Einerntung oder Erhaltung der Früchte gemachten Verwendungen, stets Demjenigen zur Last fallen, welchem die Früchte zu Gute kommen (man vergl. l. 46 D. de usuris, „quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur fructus deminuere debere" in Verbindung mit l. 16. l. 13. l. 3 § 1 D. de impens., l. 1 Cod. de fruct., l. 36 § 5 D. de hered. pet., l. 7 § 16 D. solut. matrim.); es hat aber auch dieselbe einen sehr guten Grund, weil, soweit es sich um Erstattung gezogener Früchte handelt, der Aufwand auf die Früchte ein nothwendiger ist, und es blos als eine Consequenz erscheint, daß dem Besitzer bei den noch nicht gezogenen, also mit der Sache herauszugebenden Früchten, auf welche er Verwendungen gemacht hat, das gleiche Recht zustehen müsse.

Eine bloße Folge des hier aufgestellten allgemeinen Grundsatzes enthält § 313 des B. G.-B.

---

§ 76. Wer auf Früchte einer Sache bis zu einer Zeit berechtigt ist, hat bei natürlichen Früchten, welche blos durch die Natur hervorgebracht werden, Anspruch auf diejenigen, welche während dieser Zeit von der Hauptsache getrennt worden sind. Bei natürlichen Früchten, welche durch Verwendungen auf deren Gewinnung hervorgebracht werden, hat er Anspruch auf diejenigen, bei welchen die Verwendungen in die Zeit seiner Berechtigung fallen, selbst wenn die Trennung von der Hauptsache nach dieser Zeit fällt. Fallen die Verwendungen nur zum Theil in diese Zeit, so hat er nur nach dem Verhältnisse, in welchem der Betrag seiner Verwendung zu dem Gesammtbetrage der Verwendung steht, ein Recht auf einen Theil der Früchte. Bürgerliche Früchte, die an die Stelle natürlicher Früchte treten, welche einem Anderen überlassen sind, wie Pacht- und Miethzinsen, ferner Zinsen von Capitalien, gehören dem Berechtigten nach Verhältniß der Zeitdauer seines Rechtes. Andere bürgerliche Früchte gehören ihm, wenn sie in der Zeit seiner Berechtigung fällig geworden sind.

Motive. Bei Erklärung dieses §, in welchem der Zeitpunkt festgestellt wird, von dem an der Berechtigte auf die natürlichen und bürgerlichen Früchte, und zwar soviel die natürlichen anlangt, mit dem Unterschiede zwischen den blos durch die Natur hervorgebrachten und den durch Verwendung gewonnenen (industriales) Anspruch hat, ist im Auge zu behalten, daß es sich dabei nicht etwa um die Erwerbung der Früchte handelt. Der vorstehende § umfaßt die Fälle, wo Jemandem blos der Nießbrauch zusteht und dieser (wie namentlich durch den Tod des Berechtigten, also zu einem rein zufälligen, nicht vorauszusehenden Zeitpunkte) erlöscht. Insbesondere also tritt das hier aufgestellte Princip ein

1) bei der Herausgabe von Fideicommissen Seiten des Fiduciars, namentlich auch bei Familienfideicommissen,

2) bei der Erlöschung des Nießbrauches überhaupt, und

3) bei der Erlöschung des gesetzlichen Nießbrauches insbesondere, also des Nießbrauches, welchen der Ehemann an dem Vermögen der Ehefrau, oder der Vater an dem Vermögen seiner in väterlicher Gewalt stehenden Kinder hat.

Zu bemerken ist, daß der Satz „fallen die Verwendungen“ bis „einen Theil der Früchte“ in Folge eines Antrags der Stände (Dep.=Ber. der I. Kammer, über den Entwurf 2c., Beil. z. 2. Abth., Bd. 1, S. 567 folg.) die gegenwärtige Fassung erhalten hat.

Die gewöhnliche Ansicht ist die, daß der gegenwärtige § auf den Ansichten des deutschen Rechts über die Früchte beruhe. Wir behaupten, daß schon im römischen Rechte etwas Anderes nicht gegolten hat, sehen jedoch von dem Beweise dieser Behauptung ab. Ueber die ratio der Vorschriften rücksichtlich der sog. fructus industriales sind zu vergleichen Annalen N. F. Bd. 2, S. 103 folg. u. S. 226 folg. Nebenbei mag noch bemerkt werden, daß der § 308 des B. G.=B., nach welchem der bonae fidei possessor bei der Vindication nicht zur Herausgabe der sog. fructus exstantes verbunden ist, während ihm diese Verbindlichkeit nach der in der Doctrin herrschenden, aber wenigstens in dieser Allgemeinheit irrigen, Ansicht obliegen soll, seinen Grund in dem gegenwärtigen § hat.

Ueber die Frage, in wie weit natürliche und bürgerliche Früchte von der Hypothek ergriffen werden, sind zu vergleichen §§ 414. 415 des B. G.=B.

---

§ 77. Unter Verwendungen werden der auf eine Sache gemachte Aufwand und die durch eine Sache veranlaßten Ausgaben begriffen. Die Verwendungen sind nothwendige, wenn sie den Untergang oder die Verschlechterung oder den Verlust der Sache abwenden, und nützliche, wenn sie die Sache in Ansehung der davon zu ziehenden Früchte oder des Gebrauchs verbessern. Andere Verwendungen sind willkürliche, gleichviel, ob dadurch der Werth der Sache erhöht wird oder nicht.

Motive. Der hier aufgestellte Unterschied der Verwendungen entscheidet regelmäßig auch über den Anspruch auf Erstattung der Verwendungen, indem es Regel ist, daß die nothwendigen Jedem erstattet werden müssen, die nützlichen nur dem bonae fidei possessor, die willkürlichen dagegen blos weggenommen werden können, soweit dieß ohne Beschädigung der Sache selbst und ohne Chicane geschehen kann. Ueber das Specielle sind insbesondere die §§ 323—329 des Entwurfs (§§ 312—318 des B. G.=B.) zu vergleichen.

Eine Interpretation dieses § findet man in den Annalen N. F. Bd. 4, S. 297 folg.

---

§ 78. Unter dem ordentlichen Werthe einer Sache ist der Geldwerth zu verstehen, welchen dieselbe im gemeinen Verkehre hat. Wird bei dem Werthe einer Sache auf den Nutzen gesehen, welchen dieselbe für den Berechtigten nach seinen besonderen Verhältnissen oder wegen ihrer Beziehung zu anderen Sachen hat, so ist dieß der außerordentliche Werth. Die bloße Vorliebe des Berechtigten für die Sache kommt nicht in Betracht.

Motive. In diesem § werden blos einige allgemeine Sätze über den Werth dor Sachen gegeben. Das Specielle gehört in das Obligationenrecht. Man vergl. §§ 703—706 des Entwurfs (§§ 685—688 des B. G.=B.).

Dieser § stellt einen doppelten Maßstab für die Abschätzung einer Sache auf, nämlich erstens den ordentlichen und zweitens den außerordentlichen. Jener ist der Werth,

welchen die Sache im Verkehre oder an sich für Jeden hat (Kauf- oder Marktpreis). Die Feststellung desselben erfolgt lediglich nach einem objectiven Maßstabe, ohne Rücksicht auf den Nutzen, welchen die Sache einer bestimmten Person nach deren besonderen Verhältnissen gewähren kann. Der außerordentliche Werth einer Sache dagegen ist in so fern ein subjectiver Maßstab, als bei demselben darauf Rücksicht genommen wird, welchen Werth die Sache unter den gerade vorliegenden Verhältnissen für den Berechtigten hat. Diese besonderen Umstände können doppelter Art sein, nämlich es kann die Sache wegen des persönlichen Verhältnisses des Berechtigten für diesen einen Werth haben, den sie für einen Andern, der nicht in diesen Verhältnissen steht, nicht hat, z. B. ein Instrument für den Musiker, ein Werkzeug für den Künstler oder Handwerker, oder es kann die Sache wegen ihrer Beziehung zu einer andern Sache einen höhern Werth haben, als sie außerdem haben würde, z. B. ein Pferd aus einem Viergespann.

Neben dem ordentlichen und außerordentlichen Werthe einer Sache hat man noch einen Affectionswerth oder einen Werth der besonderen Vorliebe als einen dritten Maßstab für die Schätzung statuiren wollen. Diesen Werth erklärt aber der vorliegende § für unbegründet. Individuelle Ansichten, persönliche Neigungen, besondere Liebhabereien können nicht den Werth einer Sache bestimmen. Auch wird dieß von den Römischen Juristen, welche in ihren Aussprüchen überall einen tiefen Blick in das Leben bekunden, nirgends gesagt. Die Gesetzstellen, welche man gewöhnlich zur Rechtfertigung des sog. Affectionswerths anführt (l. 54 per. D. mand., l. 44 D. de monum., l. 6. 7 D. de serv. corr.) sprechen gar nicht von der Schätzung der Sachen. Zwar läßt es sich denken, daß der bloße affectus zur Erwerbung einer Forderung oder eines Rechts hinreichen kann (l. 35 D. de minor., l. 71 pr. D. de evict., l. 16 § 1 D. quod vi). Allein dieß ist ein Verhältniß, welches mit der Schätzung einer Sache in gar keinem Zusammenhange steht. (Man vergl. auch Siebenhaar, Correalobligationen S. 289 folg.)

Vierte Abtheilung.

Von den Handlungen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§ 79. Handlungen, welche unmöglich sind, den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreiten, können nicht Gegenstand eines Rechtes sein.

Motive. Die unmöglichen Handlungen zerfallen hiernach in physisch oder natürlich unmögliche, juristisch oder rechtlich unmögliche und moralisch unmögliche. Als physisch unmögliche Handlung gilt nach § 818 des Entwurfs (§ 793 des B. G.-B.) auch die Leistung einer Sache, welche nicht existent sein kann, nicht aber die, welche blos wegen factischen Vermögenszustandes des Verpflichteten oder wegen anderer, nicht objectiver Hindernisse nicht bewirkt werden kann. Als juristisch unmögliche Handlung ist z. B. die Leistung einer außer Verkehr stehenden Sache und als moralisch unmögliche, z. B. das Sichbetrinken zu betrachten. Das Specielle über die Unmöglichkeit der Handlungen bei Verträgen enthalten die §§ 817—822 des Entwurfs (§§ 792—797 des B. G.-B.).

In diesem § ist die Rede von den Handlungen, als Objecten eines Rechts, nicht von den Handlungen, als Gründen der Entstehung, Aenderung und Erlöschung von Rechten (juristischen Handlungen). Der Grund, warum die im § angegebenen (unmög-

lichen) Handlungen nicht Gegenstände eines Rechts sein können, liegt darin, daß das Gesetz mit sich selbst in Widerspruch treten würde, wenn es Etwas erzwingen wollte, was an sich unmöglich ist oder was es selbst verbietet oder was den guten Sitten widerstreitet. Neben den (verbietenden) Gesetzen noch die Anordnungen der Verwaltungsbehörden, insbesondere polizeiliche Verbote zu erwähnen, schien nicht nothwendig, weil diese Anordnungen und Verbote in so fern unter den Begriff von Gesetzen fallen, als sie von Behörden ausgehen, welche dazu im Allgemeinen durch das Gesetz, insbesondere durch die Staatsverfassung ermächtigt sind. Was gegen die guten Sitten verstößt, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen. Zu den guten Sitten kann auch der gewöhnliche Anstand gerechnet werden, doch wird es in den meisten hierher gehörigen Fällen schon an der allgemeinen Voraussetzung eines Rechtes, an einem rechtlichen Interesse Desjenigen fehlen, welcher sich eine solche Handlung versprechen läßt, z. B. wenn das Erscheinen an öffentlichen Orten in auffälliger oder unanständiger Kleidung versprochen worden wäre.

Ob und in wie weit fremde Handlungen gültig versprochen werden können, ist in § 799 des B. G.-B. bestimmt. Hätte der Dritte, dessen Handlung von einem Andern versprochen worden ist, gleichzeitig oder nachträglich seine Einwilligung dazu ertheilt, so würde nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu beurtheilen sein, ob der Verfügende blos als Stellvertreter des Dritten gehandelt hat, also blos der letztere der Verpflichtete ist, oder ob der Dritte nur einer fremden Verbindlichkeit beigetreten ist, also blos der Verfügende oder Beide verpflichtet sind.

---

§ 80. Zur Umgehung eines Gesetzes vorgenommene Handlungen sind einem offenen Zuwiderhandeln gleichzuachten.

Motive. Von einer Umgehung des Gesetzes kann nur bei einem verbietenden Gesetze die Rede sein; es schien jedoch überflüssig, dieß besonders hervorzuheben.

Bei der Umgehung eines Gesetzes kommt es lediglich darauf an, daß Etwas geschieht, was nach dem Gesetz nicht geschehen soll, sei es nun, daß zu diesem Ende die Form eines andern Rechtsgeschäfts gebraucht wird oder sonst ein Umstand, welcher nicht vorhanden ist, vorgegeben, oder welcher vorhanden ist, verschwiegen wird. Von den sog. Scheingeschäften (§ 829 des B. G.-B.) unterscheiden sich die auf Umgehung eines Gesetzes gerichteten Geschäfte in so fern, als bei jenen zwar nicht das vorgenommene, wohl aber das von den Interessenten gewollte gilt, bei diesen aber die Ungültigkeit des gewollten Geschäfts die Ungültigkeit des vorgenommenen nach sich zieht.

---

§ 81. Handlungsfähig sind nur Willensfähige. Handlungsunfähig sind Diejenigen, welche im Kindesalter stehen, und Diejenigen, welche wegen Geistesgebrechen oder wegen eines vorübergehenden Zustandes des Vernunftgebrauchs beraubt sind. Bei anderen Personen ist die Handlungsfähigkeit beschränkt, wenn sie unter Vormundschaft stehen, oder wenn ihnen besondere Vorschriften gewisse Handlungen nicht gestatten.

Motive. In wie weit Geisteskranke in lichten Zwischenräumen contrahiren und testiren können, ist § 2017 des Entwurfs (§ 1984 des B. G.-B.) in Verbindung mit § 2103 des Entwurfs (§ 2069 des B. G.-B.) bestimmt.

Personen, welche gerichtlich für Verschwender erklärt sind, gehören zu den Personen, deren Handlungsfähigkeit um deßwillen beschränkt ist, weil sie unter Vormundschaft stehen. Erklärte Verschwender können nach §§ 2106 und 2245 des Entwurfs (§§ 2072 und 2210 des B. G.-B.) einen letzten Willen nicht errichten, wohl aber, wenn sie einen letzten Willen zu einer Zeit, wo sie noch nicht für Verschwender erklärt waren, errichtet haben, denselben widerrufen.

Personen, welche zu bevormunden wären, wenn sie nicht in väterlicher Gewalt ständen, sind in Beziehung auf die Handlungsfähigkeit Denjenigen gleich zu beurtheilen, welche unter Vormundschaft stehen.

In wie weit Ehefrauen handlungsfähig sind, ist §§ 1669—1675, §§ 1677 und 2102 des Entwurfs (§§ 1638—1654. 1657. 2068 des B. G.-B.) bestimmt.

Das Kindesalter reicht nach § 47 des B. G.-B. bis zum erfüllten siebenten Lebensjahre. Soviel Diejenigen betrifft, welche unter Vormundschaft stehen, so sind dieselben, ohne Unterschied, aus welchem Grunde sie unter Vormundschaft gestellt sind, in der Handlungsfähigkeit beschränkt, vorausgesetzt daß sie für ihre Person, nicht blos für ihr Vermögen unter Vormundschaft stehen. So ist Derjenige, welcher für einen Verschwender erklärt worden ist, in der Handlungsfähigkeit beschränkt, während der Abwesende, für welchen ein Abwesenheitsvormund bestellt ist, vollkommene Handlungsfähigkeit hat (§§ 1991—1993 des B. G.-B.). Des Vernunftgebrauchs Beraubte sind nach dem ersten Satze des § absolut unfähig und es kommt daher darauf Etwas nicht an, ob sie bereits unter Zustandsvormundschaft gestellt sind oder nicht. Eine Zustandsvormundschaft aber, welche angelegt worden ist, beweist nicht, oder wenigstens nicht ohne Weiteres, daß der unter Zustandsvormundschaft Gestellte schon vorher handlungsunfähig gewesen sei. Ein des Vernunftgebrauchs Beraubter kann auch nicht einmal Besitz erwerben, weder für sich, noch im Auftrage oder auf Geheiß eines Andern. Diejenigen, welche unter Altersvormundschaft stehen, haben, sofern sie nicht etwa z. B. wegen Geistesgebrechen gänzlich handlungsunfähig sind, eine gewisse Handlungsfähigkeit, welche nach den verschiedenen Altersstufen eine bald mehr bald weniger beschränkte ist. Als solche Altersstufen erkennt das Gesetzbuch das siebente, vierzehnte, sechszehnte und achtzehnte Lebensjahr an. Minderjährige, welche das siebente Lebensjahr erfüllt haben, können ein Versprechen, welches lediglich zu ihren Gunsten gereicht, annehmen (§ 787 des B. G.-B.),[1] Besitz erwerben (§ 193 des B. G.-B.), eine Verbindlichkeit erfüllen (§ 689 des B. G.-B.), auch werden sie durch rechtswidrige Handlungen, natürlich unter der allgemeinen Voraussetzung, daß ihnen eine Verschuldung zur Last fällt, zum Schadenersatz verpflichtet (§§ 119. 776. 1914 des B. G.-B.). Minderjährigen, welche das vierzehnte Lebensjahr erfüllt haben, steht das Recht zu, einen letzten Willen zu errichten (§ 2067 des B. G.-B.), gegen die von ihren Eltern getroffene Wahl ihres künftigen Berufs Vorstellung zu machen (§ 1804 des B. G.-B.), auch bedarf es zu ihrer Annahme an Kindesstatt und Ehelichsprechung ihrer Einwilligung (§§ 1794. 1785 des B. G.-B.). Die Fähigkeit, ein Verlöbniß zu schließen, tritt ein bei Personen männlichen Geschlechts mit dem erfüllten achtzehnten, bei Personen weiblichen Geschlechts mit dem erfüllten sechszehnten Lebensjahre (§ 1570 des B. G.-B.) und die Fähigkeit eine Ehe zu schließen bei ersteren mit erlangter Volljährigkeit, bei letzteren mit dem sechszehnten Lebensjahre (§ 1589 des B. G.-B.). Das achtzehnte

---

1. Die Vorschrift der allg. B.-O. v. 10. October 1782, Cap. XIII, § 1, daß eine dem Minderjährigen gemachte Schenkung auch ohne Annahme von Seiten des Minderjährigen oder des Vormundes gilt, hat das B. G.-B. nicht adoptirt. Eine an gewisse Bedingungen geknüpfte Schenkung, auf welche sich die allg. B.-O. a. a. O. § 2 bezieht, fällt unter die Vorschrift des § 787 des B. G.-B.

Lebensjahr bildet auch noch in so fern eine für die Handlungsfähigkeit maßgebende Altersstufe, als Personen, welche dieses Alter erfüllt haben, für volljährig erklärt und zu einem tempore pestis errichteten Testamente als Zeugen zugezogen werden können (§§ 1968. 2113 des B. G.-B.).

Für alle Personen, welche handlungsunfähig oder in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt sind, gilt der Grundsatz, daß sie verpflichtet werden, ubi obligatio ex re venit (§§ 693. 1349. 1351. 1513. 1517. 1824. 1914 des B. G.-B.).

II. Zeitbestimmungen.

§ 82. Der Kalendertag wird von Mitternacht zu Mitternacht, eine andere Tagesfrist von ihrem Anfange an bis zum Ablaufe von vierundzwanzig Stunden gerechnet.

Motive. In diesem § und den folgenden §§ ist lediglich von der Zeiteintheilung und Zeitberechnung die Rede. Von dem Einflusse, welchen die Zeit als Voraussetzung theils der Handlungsfähigkeit der Personen überhaupt, theils der Ausübung der Rechte, insbesondere als Bestandtheil vieler Entstehungs-, Veränderungs- und Erlöschungsgründe hat, wird bei den betreffenden Materien gehandelt.

Ueber die Berechnung der Zeit enthalten die allg. D. W.-O. Art. 32 und das allg. D. H.-G.-B. Art. 327—334 ebenfalls Bestimmungen, welche mit den des B. G.-B., wenigstens im Wesentlichen, übereinstimmen[1]. Da die §§ 82—87 des B. G.-B. von der Zeitrechnung handeln, so versteht es sich von selbst, daß sie nicht anwendbar sind, wenn die Zeit, auf welche es ankommen soll, benannt ist, es also einer Zeitberechnung gar nicht bedarf. In dem Nachstehenden finden sich die Fristen, welche im B. G.-B. vorkommen, nach Stunden, Tagen, Monaten und Jahren zusammengestellt.

Fristen, nach Stunden, der Pfänder muß die Pfändung innerhalb 48 Stunden anzeigen, § 494. Nach Tagen, dies naturalis, civilis, § 82; beim Einfangen eines ausgeflogenen Bienenschwarms 2 Tage, § 230; Anzeige des Pfandverkaufs 14 Tage, § 481; bei contractibus claudicantibus 30 Tage, § 787; Vermuthung bei Krankheiten der Thiere 5. 10. 15. 30. 50 Tage, § 926; beim Kauf auf Probe 14 Tage, § 1104; beim pactum displicentiae 30 Tage, § 1108; bei der addictio ad diem 3 und 8 Tage, §§ 1112 und 1114; beim Vorkauf beweglicher Sachen 3 Tage, unbeweglicher 30 Tage, im Fall nothwendiger Versteigerung 30 Tage, §§ 1122. 1126; Erneuerung des Pacht- oder Miethvertrags 8 bez. 30 Tage, § 1218; Billigung beim Verdingungsvertrage 14 Tage, § 1251; bei widerrechtlicher Gefangenhaltung für jeden Tag 1 Thlr. 10 Ngr., § 1497; Schwangerschaftstermin, längster 302 Tage, kürzester 182 Tage, §§ 1771. 1772. 1859, präsumtiver Schwangerschaftstermin im Fall anderweiter Verheirathung 270 Tage, § 1779; Widerspruch des Ehemannes gegen die Legitimität eines Kindes 90 Tage, §§ 1775. 1777; Vorbringen der Excusationsgründe 8 Tage, §§ 1898; Erlöschen der in außerordentlicher Form errichteten Testamente 90 Tage, §§ 2114. 2217; Testamentseröffnung 30 Tage nach dem Ableben des Erblassers, § 2227. Nach Wochen, Anzeige eines Fundes 4 Wochen, § 239; Kündigung des Pacht- und Mieth-

---

1. Die Vorschriften des allg. D. H.-G.-B. über die Zeitberechnung sind gut zusammengestellt bei Gad, Handelsrecht, S. 121 folg. Man vergl. auch Annalen N. F. Bd. 1, S. 28.

vertrags im Fall Besitzwechsels kürzeste Frist 8 Wochen, § 1235; Anzeige eines Schuldverhältnisses zwischen Vormund und Pflegebefohlenem 4 Wochen, § 1909. Nach Monaten, ganzer, halber, § 83; Anstellung verbesserter Klage, Geltendmachung einer zur besondern Ausführung verwiesenen Einrede, Zinsen und wiederkehrende Leistungen, auch Reallasten, Bürgschaft auf Zeit 3 Monate, §§ 166. 167. 417. 511. 451. 1467; Ausspruch eines Dritten, kürzeste Frist 1 Monat, § 807; Verjährung der actio quanti minoris und redhibitoria bei beweglichen Sachen 6 Monate, § 923; Zahlung des Vorkaufspreises bei nothwendiger Versteigerung 6 Monate, § 1126; beim Wiederkauf 6 Monate, § 1137; beim Dienstvertrage nach erfolgter Kündigung 6 Monate, § 1234; tempus luctus beim Wittwer 6 Monate, § 1605; Verbot anderweiter Verehelichung bei geschiedenen Ehefrauen 10 Monate, § 1607; Trennung von Tisch und Bett, kürzeste Frist 6 Monate, § 1755; Ehescheidung wegen Rückkehr eines Verschollenen 6 Monate, § 1710; Einreichung eines Vermögensverzeichnisses, wenn in väterlicher Gewalt stehenden Kindern Vermögen zufällt, 2 Monate, § 1813; Vorausbezahlung der Alimente für außereheliche Kinder 1 Monat, § 1863; Rechnungsablegung nach beendigter Vormundschaft 2 Monate, §§ 1952. 1972; Erklärung über den Erbschaftsantritt, kürzeste Frist 2 Monate, § 2266; Erklärung beim Wahlvermächtnisse, kürzeste Frist 1 Monat, § 2497. Nach Jahren, Berechnung des Jahres, halben Jahres und Vierteljahres, §§ 85. 86; muthmaßliche Lebensdauer, § 35; Verschollenheit, §§ 38. 39. 40. 41; Präsumtion des Todes 90 Jahre, § 45; Kindesalter 7 Jahre, Volljährigkeit 21 Jahre, § 47; Verjährung der Klagen 30 Jahre, § 150, der Besitzklagen 1 Jahr, 3 Jahre, § 210; Verschweigung beim Funde 1 Jahr, §§ 239. 240; Ersitzung beweglicher Sachen 3 Jahre bez. 30 Jahre, §§ 260. 261; Verzicht auf Theilung, längste Frist 20 Jahre, § 338; Zinsen und wiederkehrende Leistungen, Rückstände 3 Jahre, § 417; öffentliche Aufforderung der unbekannten Inhaber einer Hypothek oder Reallast 30 Jahre, §§ 461. 509; Quasibesitz 1 Jahr, § 560; Ersitzung der Dienstbarkeiten 30 Jahre, §§ 577. 581; Verjährung der Dienstbarkeiten 30 Jahre, §§ 596 folg. 655; Verjährung zu viel bezahlter Zinsen 3 Jahre, § 684; zulässige Novation rückständiger Zinsen 2 Jahre, § 680; im Fall unbestimmter Zahlungszeit ½ Jahr, § 712; Verjährung der actio quanti minoris und redhibitoria bei unbeweglichen Sachen 1 Jahr, § 923; Verjährung der Evictionsklage 3 Jahre, § 946; kurze Verjährung der Forderungen 3 Jahre, § 1017; Verjährung der Klage wegen Undanks bei Schenkungen 1 Jahr, § 1063; Verjährung des pacti de mutuo dando 1 Jahr, § 1069; präsumtive Zinszahlung, einjährige, § 1080; addictio ad diem bei unbeweglichen Sachen 1 Jahr, § 1112; Erlöschung des Wiederkaufs bei beweglichen Sachen 1 Jahr, bei unbeweglichen 10 Jahre, § 1133; präsumtive Rentenzahlung, einjährige, § 1154; Verjährung des pacti de commodando 1 Jahr, § 1174; präsumtive Kündigungsfrist ¼ Jahr, ½ Jahr, 1 Jahr, 3 Jahre, §§ 1215. 1216; Zahlung des Pacht- und Miethzinses ¼ Jahr, ½ Jahr, § 1204; Verjährung des pacti de deponendo 1 Jahr, § 1261; Verjährung indebite bezahlter Zinsen 3 Jahre, § 1532; Verjährung der Rückforderung der Mahlschätze und Brautgeschenke 1 Jahr, § 1587; tempus luctus bei der Wittwe 1 Jahr, § 1605; Anfechtung der Ehe wegen Mangels des Vernunftgebrauchs 1 Jahr, § 1624, wegen Irrthums, Betrugs u. s. w. 1 Jahr, § 1625, wegen Impotenz 3 Jahre, § 1626; Verjährung der Klage auf dos necessaria 1 Jahr, § 1666; Ehescheidung wegen Ehebruchs 1 Jahr, 15 Jahre, §§ 1719. 1720, wegen Desertion oder Quasidesertion 1 Jahr, § 1731, wegen Trunksucht 1 Jahr, § 1733, wegen Insidien 1 Jahr, 15 Jahre, § 1739, wegen unheilbarer Geisteskrankheit 3 Jahre, § 1743, wegen Religionsänderung 1 Jahr, § 1744; Trennung von Tisch und Bett, längste Frist 1 Jahr, § 1755; bei gemischten Ehen 1 Jahr, § 1769; Recht des Pflegebefohlenen, Veräußerungen anzufechten, 3 Jahre, § 1948. 1998;

Rechnungsablegung des Vormundes, einjährige, § 1950; Beendigung der Vormundschaft wegen Zeitdauer 10 Jahre, § 1976; Erklärung über den Erbschaftsantritt 1 Jahr, §§ 2265. 2331; Verjährung des Absonderungsrechts 1 Jahr, § 2342; Verbot der Theilung der Erbschaft 20 Jahre, § 2346; Haftpflicht für Zahlungsfähigkeit bei der actio familiae herciscundae 5 Jahre, § 2353; Verjährung der querela inofficiosi testamenti 3 Jahre, § 2616.

Soviel den gegenwärtigen § anlangt, so kommt der erste Satz desselben zur Anwendung, wenn ein bestimmter Tag, z. B. der erste September eines gewissen Jahres, für die Erfüllung einer Verbindlichkeit festgesetzt ist. Dagegen betrifft der zweite Absatz den Fall, in welchem die Frist nur nach Tagen bestimmt ist, z. B. innerhalb eines Tages, von irgend einem Ereignisse an. Ob in diesem Falle der Zeitmoment des Ereignisses, nach Stunde und Minute, für die Berechnung der vierundzwanzig Stunden maßgebend ist oder die Vorschrift in § 87 des B. G.-B. Anwendung findet, ist lediglich quaestio facti, bei der es auf die Ermittelung des Willens der Interessenten ankommt.

---

§ 83. Bestimmte Kalendermonate gelten nach der kalendermäßigen Zahl ihrer Tage. Ist die Zeit eines oder mehrerer Monate von einem gewissen Tage an zu rechnen, so gilt der nämliche Kalendertag in dem entscheidenden Monate als letzter Tag. Es tritt dieß auch ein, wenn der entscheidende Monat mehr Tage hat, als derjenige, in welchen der Anfangspunkt des Zeitraums fällt. Hat der entscheidende Monat weniger Tage, so gilt sein letzter Tag als Endpunkt, selbst wenn ein überschießender Tag eines früheren Monats den Anfangspunkt bildet. In anderen Fällen wird der Monat zu dreißig Tagen gerechnet.

Motive. Durch den Schlußsatz des vorstehenden § soll insbesondere ausgedrückt werden, daß in Fällen, wo eine Frist von einem oder mehreren Monaten nicht als fortlaufende Zeit oder als ein zusammenhängender Zeitraum, sondern als Resultat der Zusammenrechnung einzelner, nicht nothwendig auf einander folgender Tage in Betracht kommt, die Monatsfrist stets zu dreißig Tagen zu rechnen ist.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß, wenn ein Zeitraum nach Wochen bestimmt ist, die sieben Tage der Woche zwar im Allgemeinen nach Analogie dieses § zu berechnen sind, dabei aber, wenn ein Schalttag in die Woche fällt, dieser mitgezählt wird.

Das allg. D. H.-G.-B. berücksichtigt in dem aus der allg. D. W.-O. Art. 32 genommenen Art. 328: „Wenn eine Frist nach Monaten, oder einem mehrere Monate umfassenden Zeitraume (Jahr, halbes Jahr, viertel Jahr) bestimmt ist, so fällt der Zeitpunkt der Erfüllung auf denjenigen Tag des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage des Vertragsabschlusses (Zeitpunkts oder Ereignisses) entspricht; fehlt dieser Tag in dem letzten Monate, so fällt die Erfüllung auf den letzten Tag dieses Monats", nur den Fall, in welchem es sich um einen Kalendermonat handelt. Dagegen hat es eine dem Schlußsatze des vorstehenden § entsprechende Vorschrift nicht.

In Beziehung auf die Zeitrechnung nach Wochen bedurfte es keiner gesetzlichen Vorschrift, da die Woche immer 7 Tage hat, und bei derselben dergleichen Fälle, wie bei den Kalendermonaten, welche bald mehr, bald weniger Tage umfassen, nicht vorkommen.

Uebrigens ist es bei der Berechnung nach Wochen ganz gleich, ob man den nämlichen Wochentag in der entscheidenden Woche für den letzten Tag ansieht, oder die sieben Tage der Woche nach dem § 87 des B. G.-B. berechnet, weil das Ergebniß in beiden Fällen dasselbe ist. Nach dem Sprachgebrauche pflegt man den Zeitraum einer Woche mit acht und den Zeitraum zweier Wochen mit vierzehn Tagen zu bezeichnen; z. B. heut über acht Tage, heut über vierzehn Tage. Die Absicht, damit eine verschiedene Zeitberechnung zu bezeichnen, liegt diesem Sprachgebrauche nicht zu Grunde, vielmehr gilt in beiden Fällen der nämliche Wochentag in der entscheidenden Woche als letzter Tag, also z. B. der Montag der ersten und der zweiten Woche u. s. w. Mit diesem Sprachgebrauch steht die Vorschrift des allg. D. H.-G.-B. Art. 328 unter Nr. 1: „ist die Frist auf acht oder vierzehn Tage bestimmt, so werden darunter volle acht oder vierzehn Tage verstanden" in Widerspruch. (Ueber die Umrechnung einer Zeitbestimmung nach dem alten Kalender in die Zeitbestimmung nach dem neuen Kalender ist zu vergl. Einert, Einige Bemerkungen zu Art. 34 der allg. D. W.-O. im Archiv für Wechselrecht Bd. 17, S. 225 folg.)

---

§ 84. Unter der Mitte eines Monats wird ohne Unterschied der Länge der Monate der fünfzehnte Tag des Monats verstanden, und ein halber Monat wird einem Zeitraume von fünfzehn Tagen gleichgeachtet.

Motive. Diesem § liegt die Vorschrift der allg. D. Wechselordnung Art. 32: „der Ausdruck „halber Monat" wird einem Zeitraume von 15 Tagen gleichgeachtet; ist der Wechsel auf einen oder mehrere ganze Monate und einen halben Monat gestellt, so sind die 15 Tage zuletzt zu rechnen" zu Grunde.

Die angezogene Vorschrift der allg. D. W.-O. ist in dem allg. D. H.-G.-B. in Art. 328 wörtlich wiederholt. Die Worte „ist der Wechsel (Erfüllungszeit) auf einen oder mehrere ganze Monate und einen halben Monat gestellt, so sind die 15 Tage zuletzt zu zählen" hat das B. G.-B. nicht aufgenommen, weil sie selbstverständlich sind. Indessen würden, wenn man diese Bestimmung hätte aufnehmen wollen, dadurch nicht einmal alle Fälle gedeckt worden sein, indem dergleichen Zusätze, wie der eines halben Monats ist, sich auch noch in anderer Weise, z. B. zwei Monate und sechs Tage, zwei Monate und drei Wochen, denken lassen. Auch hier werden die Zusätze von Tagen und Wochen zuletzt zu rechnen sein.

In der Vorschrift, daß unter der Mitte eines Monats, ohne Unterschied der Länge des Monats, der fünfzehnte Tag des Monats zu verstehen ist, stimmt das B. G.-B. mit der allg. D. W.-O. Art. 30 und dem allg. D. H.-G.-B. Art. 327 überein.

Der letzte Satz correspondirt dem letzten Satze des vorigen §.

---

§ 85. Der Zeitraum eines Jahres umfaßt die Kalenderzeit vom ersten Januar bis letzten December und, wenn das Jahr von einem gewissen Monatstage an berechnet werden soll, die Zeit von zwölf Monaten bis zu demselben Monatstage in dem folgenden Jahre. Ein nach Jahren bestimmter Zeitraum, welcher in einem Schaltjahre mit dem neunundzwanzigsten Februar anfängt, endigt in einem Jahre ohne Schalttag mit dem achtundzwanzigsten Februar. In anderen Fällen wird das Jahr zu dreihundertfünfundsechzig Tagen gerechnet.

Motive. Von dem Schlußsatze dieses § gilt die Bemerkung zu § 83.

Das allg. D. H.-G.-B. hat auch über die Berechnung des Jahres nur die unvollständige Vorschrift in Art. 328 unter Nr. 2.

Der vorstehende § hat den Zweck, die Zweifel zu entscheiden, welche sich bei der Berechnung einer Frist aus dem Schalttage ergeben. Der Röm. Kalender zählt den Schalttag nicht als besonderen Tag, sondern rechnet ihn zu dem 23. Februar in der Weise, daß dieser Monatstag in einem Schaltjahre zwei volle Tage enthält, was namentlich auch für die Berechnung der Fristen, in welche der Schalttag fällt, von Einfluß ist. Diese Vorstellung ist unserm bisherigen Rechte um so mehr unbekannt geblieben, als unser Kalender das sog. bissextum des Röm. Kalenders nicht angenommen hat; vielmehr wird bei uns der Schalttag als besonderer Tag gerechnet. Hiernach ist es für die Berechnung der Fristen gegenwärtig ganz gleichgültig, welchen Tag des Monats Februar man für den Schalttag hält, ob den vierundzwanzigsten, was das richtigere ist, oder den neunundzwanzigsten, was auch von einigen angenommen wird; diese Frage, welche keine juristische ist, könnte nur dann entstehen, wenn die Erfüllung einer Verbindlichkeit ausdrücklich auf den Schalttag gesetzt wäre.

Dagegen bedarf es selbst nach der Ansicht, nach welcher der Schalttag als besonderer Tag gerechnet wird, immer noch einer Entscheidung der Frage, wie ein Jahr zu berechnen ist, wenn in den dasselbe umfassenden Zeitraum ein Schalttag fällt, und diese Frage zu entscheiden, ist insbesondere der Zweck des vorliegenden §. Zunächst wird darin bestimmt, daß der Zeitraum eines Jahres die Kalenderzeit vom ersten Januar bis letzten December, und, wenn das Jahr von einem gewissen Monatstage an berechnet werden soll, die Zeit von zwölf Monaten bis zu demselben Monatstage in dem folgenden Jahre umfaßt. Hiernach würde, wenn die Erfüllung einer Verbindlichkeit innerhalb des Jahres 1864 versprochen worden wäre, der letzte Tag dieser Frist auf den 31. December 1864 fallen. Dagegen würde, wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit am 1. Januar 1864 innerhalb eines Jahres versprochen wäre, die einjährige Frist erst mit dem 1. Januar 1865 zu Ende gehen. Für die Berechnung des Jahres ist es aber auch ganz gleich, ob das Jahr, wie dieß bei dem Jahr 1864 der Fall ist, ein Schaltjahr ist, oder nicht. So würde z. B. die Verjährung einer Forderung, welche am 1. März 1863 begonnen hat, am 1. März 1893 vollendet werden, ohne Rücksicht darauf, wie viele Schalttage in diesen Zeitraum fallen. Auf den Schalttag kommt nur dann etwas an, wenn ein nach Jahren bestimmter Zeitraum, welcher in einem Schaltjahre mit dem neunundzwanzigsten Februar anfängt, in einem Jahre ohne Schalttag endigt. In diesem Falle soll nach dem gegenwärtigen § der Zeitraum mit dem achtundzwanzigsten Februar endigen. Nur, wenn ein vierjähriger Zeitraum von dem neunundzwanzigsten Februar eines Schaltjahres zu berechnen wäre, würde derselbe Tag des vierten Jahres als Ende des Zeitraums zu betrachten sein. Hätte umgekehrt der Zeitraum in einem Jahre ohne Schalttag am achtundzwanzigsten, also am letzten Februar begonnen, so würde dessen Ende auch in einem Schaltjahre mit dem achtundzwanzigsten Februar endigen, weil dann die oben angegebene Regel über die Berechnung des Jahres eintritt.

---

§ 86. Unter einem halben Jahre wird eine Zeit von sechs Monaten, unter einem Vierteljahre eine Zeit von drei Monaten verstanden. Es gelten dabei die Bestimmungen im § 83.

Dieser §, welcher vollständiger ist, als der entsprechende Art. 328 des allg. D. H.-G.-B., unterscheidet ebenfalls zwischen dem kalendermäßigen Halbjahre oder Vierteljahre

und dem Halbjahre oder Vierteljahre, welches nicht als fortlaufende Zeit oder als ein zusammenhängender Zeitraum, sondern als Zusammenrechnung einzelner, nicht nothwendig aufeinander folgender Tage in Betracht kommt. In beiden Fällen soll zwar das Halbjahr zu sechs, das Vierteljahr zu drei Monaten gerechnet werden, aber für die Berechnung der Monate die Bestimmung des § 83 maßgebend sein. Wäre z. B. ein kalendermäßiges Vierteljahr vom 30. November an zu berechnen, so würde es am 28. oder 29. Februar endigen, je nachdem das Ende desselben in ein Schaltjahr fiele oder nicht. Ebenso wäre, wenn der Anfang des vierteljährigen Zeitraums auf den 28. oder 29. Februar fiele, der 31. Mai der letzte Tag des Zeitraums. Dagegen würden, wenn z. B. ein Schauspieler sich in jedem Jahre ein Vierteljahr Ferien stipulirt hätte, ohne nähere Bestimmung der Zeit derselben, das Vierteljahr zu neunzig Tagen zu rechnen sein. Wären für jedes Jahr zwölf Wochen Ferien stipulirt worden, so würden wenigstens fünf, beziehendlich sechs Tage ferienlos sein. Auf die sog. Collegienhalbjahre, welche durch die Ferien auf wenige Monate herabschwinden, findet der gegenwärtige § keine Anwendung.

---

§ 87. Soll ein Zeitraum von einem Ereignisse an berechnet werden, so wird der auf den Tag, an welchem das Ereigniß vorfiel, folgende Tag als erster Tag des Zeitraums betrachtet, und das Ende desselben tritt ein, wenn der letzte Tag vorüber ist.

Motive. Angehend diesen §, so hat er die Bestimmung, eine Ungewißheit in unserem bisherigen Rechte zu beseitigen. Nach diesem gab es für die Berechnung von Zeiträumen, welche von dem Tage eines bestimmten Ereignisses an zu laufen beginnen, eine doppelte Berechnungsart. Der Ablauf dieses Zeitraumes wurde nach der einen Berechnungsart mit dem Beginne des letzten Kalendertages, nach der anderen aber erst mit dem Endpunkte dieses Tages angenommen. Die erstere Berechnungsart bezeichnete man bekanntlich mit dem Satze: „dies coeptus habetur pro completo". Dabei herrschten darüber, in welchen Fällen die erstere und in welchen Fällen die letztere Berechnungsart anzuwenden wäre, große Meinungsverschiedenheiten. (Man vergl. z. B. v. Savigny, System, Bd. 4, S. 409.) Die gewöhnliche Meinung ging dahin, daß, wenn der Ablauf des Zeitraumes zum Erwerbe eines Rechtes erfordert werde, dieser mit dem Beginne des letzten Tages anzunehmen sei; wenn aber der Ablauf des Zeitraumes zum Verluste eines Rechtes erforderlich sei, dieser erst mit dem Endpunkte des letzten Tages eintrete. Indessen war man auch bei dieser Meinung über die Fälle, welche unter diese oder jene Regel zu subsumiren wären, keineswegs durchgängig einverstanden.

Um alle diese Zweifel zu heben, hat man in diesem § für die Berechnung von dergleichen Zeiträumen, ohne Unterschied, ob es sich dabei um den Erwerb oder Verlust von Rechten handelt, blos eine Regel aufgestellt, indem man von dem Satze des gemeinen Rechts, „dies coeptus habetur pro completo", gänzlich abgesehen und nur diejenige Berechnungsart angenommen hat, nach welcher der auf den Tag, an welchem das bestimmte Ereigniß vorgefallen ist, folgende Tag als erster Tag des entscheidenden Zeitraumes betrachtet wird und das Ende desselben erst dann eintritt, wenn der letzte Tag vorüber ist.

Dieser §, welcher den Fall der Festsetzung eines Zeitraums nach Tagen behandelt, stimmt mit der allg. D. W.-O. Art. 32 und dem allg. D. H.-G.-B. Art. 328 unter Nr. 1

überein. Nach demselben würde, wenn von einem gewissen Ereignisse[1] an eine zehntägige Frist berechnet werden sollte und das Ereigniß am 1. eines Monats einträte, die Frist mit dem 11. des Monats (dieser Tag einschließlich) zu Ende gehen. Der § handelt aber blos von Zeiträumen, innerhalb welcher Etwas geschehen soll. Bei andern, im täglichen Leben gebräuchlichen Zeitbestimmungen kommt es auf den Sprachgebrauch an. So würde z. B. die Wendung „bis zu einem Tage" zwar von dem benannten Tage (einschließlich) zu verstehen sein, aber nicht von dem darauf folgenden. Mit den Worten „vor oder nach dem zehnten Tage" würde eine Zeit von zehn (nicht eilf) Tagen umfaßt werden (l. 134 D. de verb. signif.). Die Bestimmung „vor einem bestimmten Monatstage, oder vor einem bestimmten Monate eines Jahres, oder vor einem bestimmten Jahre" schließt den bestimmten Tag, Monat oder das bestimmte Jahr aus (l. 13 D. de verb. oblig. ist eine singuläre Vorschrift für die Stipulationen). Eine Bezeichnung „zwischen einem Tage, als Anfang, und einem Tage als Ende" begreift diese Tage mit in sich. (Annalen Bd. 7, S. 149) Weiter würde, wenn eine monatliche oder jährliche Leistung versprochen wäre, sofern nicht etwas Anderes gesetzlich bestimmt wäre, z. B. §§ 1154. 1864, oder sonst aus den Verhältnissen hervorginge, z. B. bei Pacht- und Miethzinsen, anzunehmen sein, daß die Leistung erst am Ende des Monats oder Jahres gefordert werden könnte. Wäre endlich eine Leistung zu verschiedenen Zeiten (disjunctim), z. B. den ersten Januar oder den ersten Februar 1869 versprochen worden, so würden die Vorschriften über die alternativen Obligationen zur Anwendung kommen (§§ 697—700 des B. G.-B.).

Nach Röm. Rechte gab es eine Berechnung der Zeit, bei welcher in den Zeitraum nicht alle Tage eingerechnet wurden, sondern blos die Tage, an welchen es der betreffenden Person möglich war, die verlangte Handlung vorzunehmen. Diese Berechnungsart, welche in jetzt weggefallenen besonderen Verhältnissen ihren Grund hatte, z. B. in dem einjährigen Amtsjahre des Prätors, in den häufigen Gerichtsferien der Römer, in der Unzugänglichkeit des Richters nach Röm. Gerichtsverfassung, und über deren Umfang die Ansichten wenigstens noch nicht ganz vollständig aufgeklärt sind, hat das B. G.-B. nicht angenommen. In so weit damit Rechtsnachtheilen, welche aus dauernden Zuständen der verhinderten Geltendmachung eines Rechts entspringen können, z. B. Unmündigkeit, Geisteskrankheit, vorgebeugt werden soll, ist in dem B. G.-B. z. B. §§ 154. 157. 164. 273. 274 in anderer Weise gesorgt[2].

---

1. Das Wort „Ereigniß" umfaßt sowohl die Thatsache, als auch den Zeitpunkt. Das allg. D. H.-G.-B. gebraucht dafür in Art. 328 erstens Vertragsschluß und zweitens anderer Zeitpunkt oder anderes Ereigniß. Abgesehen davon, daß hiernach unbestimmt bleibt, ob man den Vertragsschluß unter den allgemeinen Begriff eines Zeitpunkts oder Ereignisses oder des einen und des andern zu bringen beabsichtigt habe, so läßt sich gegen diese Fassung einwenden, daß es wohl in keinem Falle zweckmäßig ist, zuerst eine besondere gesetzliche Bestimmung zu treffen und dieselbe sodann, und zwar noch dazu ohne eine Angabe des Verhältnisses des besonderen Begriffs zu dem Gattungsbegriff, zu verallgemeinern. Machte man sich das Bedenken, ob der Ausdruck Ereigniß sowohl die Thatsache, als den Zeitpunkt in sich begreife, so wäre Dem auf andere Weise sehr leicht abzuhelfen gewesen.

2. Das allg. D. H.-G.-B. hat Art. 333 noch die Vorschrift, „wenn die vertragsmäßige Frist zur Erfüllung der Verbindlichkeit verlängert wird, so beginnt die neue Frist im Zweifel am ersten Tage nach Ablauf der alten Frist". Welchen Zweifel man hiermit hat beseitigen wollen und was gerade die vertragsmäßige Frist Eigenthümliches haben sollte, daß über deren Verlängerung etwas Besonderes zu bestimmen wäre, ist nicht klar.

III. Rechtsgeschäfte.

1. Begriff und Erfordernisse.

§ 88. Geht bei einer Handlung der Wille darauf, in Uebereinstimmung mit den Gesetzen ein Rechtsverhältniß zu begründen, aufzuheben oder zu ändern, so ist die Handlung ein Rechtsgeschäft.

Motive. In diesem § wird durch die Worte: „in Uebereinstimmung mit den Gesetzen" hinreichend angedeutet, daß die Rechtsgeschäfte erlaubte sein müssen; es bedurfte daher nicht erst des Zusatzes, es hänge der rechtliche Erfolg der Rechtsgeschäfte davon ab, daß sie eine solche Beschaffenheit haben und die Erfordernisse an sich tragen, wie es in den Gesetzen vorausgesetzt wird.

Man unterscheidet gewöhnlich an einem Rechtsgeschäfte die essentialia, naturalia und accidentalia. Unter essentialibus versteht man Alles, was dergestalt zum Dasein des Geschäfts gehört, daß es nicht geändert werden kann, ohne daß entweder das Geschäft als gar nicht vorhanden zu betrachten ist, oder ein anderes Geschäft entsteht. Zu den naturalibus des Rechtsgeschäfts rechnet man die von den Gesetzen bestimmten Folgen, welche durch abweichende Verfügungen der Interessenten geändert werden können. Die accidentalia endlich begreifen Alles in sich, was, ohne zu dem Wesen oder der Natur des Rechtsgeschäfts zu gehören, beigefügt worden ist. Indessen hat man von dieser Eintheilung der Bestandtheile der Rechtsgeschäfte, als einer solchen, welche eine bloße Abstraction aus den verschiedenen einzelnen Rechtsgeschäften enthält und daher in die Doctrin, nicht aber in ein Gesetzbuch gehört, abgesehen.

Der Entwurf enthielt noch folgenden Satz: „Beruht ein Rechtsgeschäft auf der Uebereinkunft Mehrerer, so ist es ein mehrseitiges, außerdem ist es ein einseitiges". Bei der Schlußredaction hat man jedoch diesen Satz weggelassen, weil er eine, übrigens selbstverständliche, Eintheilung enthält, an welche sich keine gesetzliche Verfügungen anschließen.

Andere Eintheilungen der Rechtsgeschäfte, z. B. in entgeltliche und unentgeltliche oder lästige und wohlthätige, unter Lebenden und Todeswegen, auf welche, soweit sie für die Beurtheilung der Rechtsgeschäfte von Einfluß sind, in den betreff. Lehren Rücksicht genommen wird, waren hier ebenfalls nicht aufzuführen, weil dieß Begriffe sind, deren Construction der Rechtswissenschaft überlassen bleiben muß.

Ueber den Begriff der Veräußerung und des Verzichts sind zu vergleichen die §§ 134. 219. 223. 224. 293. 294. 455. 590. 649. 650. 899. 930. 998. 1509—1513. 1818. 1940—1947. 2331. 2372—2381 des B. G.-B.

---

§ 89. Rechtsgeschäfte, die von Personen vorgenommen werden, welchen die erforderliche Handlungsfähigkeit abgeht, sind nichtig.

Motive. Wegen des in diesem § angegebenen Erfordernisses der Handlungsfähigkeit ist der § 81 und das dazu Bemerkte zu vergleichen. Uebrigens bietet der Inhalt dieses § Gelegenheit zu der Bemerkung dar, daß der Sprachgebrauch, nach welchem „Nichtigkeit" und „Anfechtbarkeit" unterschieden werden, in dem B. G.-B. consequent festgehalten worden ist. Ueber die Folgen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit finden sich die näheren Bestimmungen in §§ 103—107.

Von der Handlungsfähigkeit bei Verträgen ist in §§ 810. 811 des Entwurfs (§§ 786. 787 des B. G.-B.) die Rede.

Die Frage, ob Derjenige, welchem ein Handlungsunfähiger eine Sache tradirt hat, Eigenthum daran erwirbt, ist, da nach § 254 durch Tradition Eigenthum nur dann übergeht, wenn der Tradent handlungsfähig ist, zu verneinen. Ueber den Fall, wo ein Handlungsunfähiger eine Verbindlichkeit erfüllt, ist der § 689 zu vergleichen.

---

§ 90. Rechtsgeschäfte, welche unverständlich oder rücksichtlich ihres Gegenstandes so unbestimmt sind, daß sich derselbe nicht erkennen läßt, ingleichen welche dem Verkehre entzogene Sachen, unmögliche, den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreitende Handlungen zum Gegenstande haben, sind nichtig.

Der vorstehende § gilt zwar hauptsächlich von Verträgen, aber keineswegs ausschließlich, insbesondere aber findet er auch auf letztwillige Verfügungen Anwendung, unter den im Erbrechte näher angegebenen Modificationen.

Eine Unbestimmtheit des Gegenstandes, welche Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat, ist nach § 801 nur dann vorhanden, wenn sich weder aus dem Inhalte des Rechtsgeschäfts ersehen läßt, über welchen Gegenstand contrahirt worden sei, noch Gewißheit hierüber in Folge des Rechtsgeschäfts durch Benutzung anderer Umstände zu erlangen ist. Insbesondere können Obligationen, vermöge deren von mehreren bestimmt bezeichneten Sachen nur Eine zu leisten ist, z. B. das Grundstück A. oder B., von zwei Pferden, welche in einem Stalle stehen, das eine oder das andere, oder das Grundstück A. und, wenn es nicht gegeben wird, 100, nicht für zu unbestimmt und deßhalb für nichtig angesehen werden, weil in dem Gesetzbuche für alle diese Fälle Vorschriften gegeben sind, durch welche die Unbestimmtheit gehoben werden kann. Auch ist ein Versprechen oder ein Vermächtniß der Ausstattung, selbst wenn es an der Angabe des Gegenstandes derselben fehlt, nicht als zu unbestimmt zu verwerfen (§§ 1667. 2492 des B. G.-B.). (Man vergl. auch Annalen N. F. Bd. 2, S. 395. 397, Bd. 3, S. 423.)

---

§ 91. Die Willenserklärung muß eine ernstliche sein; außerdem ist das Rechtsgeschäft nichtig.

Motive. Wenn in diesem § bestimmt wird, daß eine Willenserklärung, welche nicht eine ernstliche ist, keine rechtlichen Folgen hat, so ist dabei vorauszusetzen, daß dieß außer Zweifel sein muß, ein Mißverständniß also nicht entstehen konnte. Unter diesen § fallen auch die sogenannten simulirten Geschäfte, von welchen in §§ 853. 854 des Entwurfs (§§ 828. 829 des B. G.-B.) noch besonders gehandelt wird.

Unter die Vorschrift dieses § fällt insbesondere auch die sog. exceptio joci. Die Behauptung eines Contrahenten, daß er ein Rechtsgeschäft blos aus Spaß geschlossen habe, ist zwar an sich beachtlich, weil es in diesem Falle an der erforderlichen Ernstlichkeit des Willens mangeln würde, es bedarf aber dieselbe in jedem Falle des Beweises. Zweifelhaft kann es erscheinen, ob der Beweis von Thatsachen und Umständen hinreicht, aus welchen sich ergiebt, daß der Contrahent gar nicht die Absicht gehabt habe, sich durch das der äußern Form nach richtig geschlossene Rechtsgeschäft zu verpflichten, oder ob dazu noch außerdem der Nachweis erforderlich ist, daß der andere Contrahent um diese die

Ernstlichkeit des Willens des andern Theils ausschließenden Thatsachen und Umstände gewußt habe. Man wird das Letztere für richtiger halten, wenn man erwägt, daß, wären die Verhältnisse, auf welche ein Contrahent sich zum Beweise des Mangels der Ernstlichkeit seiner Willenserklärung bezieht, dem andern Contrahenten nicht erkennbar gewesen, eine bloße Mentalreservation vorläge, welche keine rechtliche Beachtung verdienen könnte. Den jetzt so häufigen Processen über die in Schänken zur Belustigung der Gäste geschlossenen Gutskäufe wird durch die Vorschrift in § 822 wenigstens einigermaßen entgegengewirkt werden.

---

§ 92. Eine durch körperliche Ueberwältigung abgezwungene Erklärung ist nichtig.

Motive. Angehend diesen §, so kann der physische Zwang (vis absoluta) zwar eigentlich nicht als Hinderniß der Freiheit des Willens gelten, weil der Gezwungene gar nicht als handelndes Subject, sondern nur als vermittelndes Werkzeug erscheint; allein als Fehler der Rechtsgeschäfte oder als Hinderniß der Entstehung derselben mußte der physische Zwang doch hier mit erwähnt werden. Auf die vis absoluta bei Verträgen bezieht sich der § 855 in Verbindung mit § 857 des Entwurfs (§§ 832. 834 des B. G.-B.).

Wenn man mitunter die Behauptung aufgestellt hat, daß es an sich unmöglich sei, Jemanden zu einer Willenserklärung durch physische Ueberwältigung zu nöthigen, so hat man die Fälle übersehen, in welchen Jemand zu Abgabe eines Zeichens der Willenserklärung, z. B. zur Unterschrift einer Urkunde durch gewaltsames Führen der Feder, gezwungen wird. Zwar ließe sich auch hiergegen einwenden, daß selbst in diesen Fällen das Zeichen der Willenserklärung nicht auf einer Selbstbestimmung beruhe. Allein man ist wenigstens darüber einverstanden, daß in diesen Fällen eine Willenserklärung nicht vorhanden sei und dieß spricht auch der vorstehende § nur aus.

---

§ 93. Ist Jemand zu einem Rechtsgeschäfte widerrechtlicherweise durch Erregung einer gegründeten Furcht genöthigt worden, so kann er das Rechtsgeschäft anfechten.

Motive. In Beziehung auf die in §§ 95. 96 des Entwurfs (§§ 93. 94 des B. G.-B.) erwähnte Furcht (vis compulsiva) ist Nachstehendes hervorzuheben. Erstens hat mit den Worten: „widerrechtlicherweise Erregung" angezeigt werden sollen, daß ein Zwang, welcher in Folge eines Rechtes angewendet worden ist, nicht in Betracht kommen kann. Zweitens beruht die Bestimmung, daß ein erzwungenes Rechtsgeschäft zwar als vorhanden zu betrachten ist, aber angefochten werden kann, auf der Erwägung, daß in diesem Falle der Wille nicht ganz ausgeschlossen ist, sondern nur an dem Fehler der Unfreiheit leidet, welcher nur dann berücksichtigt werden kann, wenn der Gezwungene es verlangt. Sollte die durch den Zwang hervorgebrachte Gemüthserregung einen so hohen Grad erreicht haben, daß ein Zustand der völligen Willenslosigkeit anzunehmen wäre, so würde die Vorschrift in § 83 des Entwurfs (§ 81 des B. G.-B.), wonach Personen, welche sich in einem vorübergehenden Zustande des beraubten Vernunftgebrauches befinden, handlungsunfähig sind, Anwendung finden. Drittens ist die Frage, ob ein **metus justus** anzunehmen sei, wie auch in § 96 des Entwurfs

(§ 94 des B. G.=B.) gesagt wird, unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles, insbesondere des Alters, Geschlechtes und der Geistesbeschaffenheit des Gezwungenen nach richterlichem Ermessen zu entscheiden. Als leitende Grundsätze werden hierbei etwa folgende gelten können: es ist darauf zu sehen, ob das angedrohte Uebel von dem Gezwungenen als gewiß bevorstehend angesehen werden konnte und ob dasselbe so beschaffen war, daß die Besorgniß, es werde dasselbe eintreten, auch einen gesetzten und besonnenen Menschen zur Vornahme der in Frage stehenden Handlung bewegen konnte; die Furcht vor bloßen möglichen oder leicht abwendbaren Uebeln, der Einfluß des Ansehens oder der Würde einer Person, bloße dringliche Bitten oder Vorstellungen, auch Drohungen mit üblen Nachreden oder Processen, werden, wenigstens in der Regel, nicht zu beachten sein; dagegen werden Gefahren für Leben, Gesundheit, Freiheit oder Keuschheit in der Regel als geeignete Uebel anzuerkennen sein. Von der vis compulsiva bei Verträgen wird in §§ 856. 857 des Entwurfs (§§ 831. 832 des B. G.=B.) gehandelt.

Diesem § liegt der Gedanke zu Grunde, daß eine durch Furcht hervorgerufene Willenserklärung nicht als nichtig, sondern blos als anfechtbar anzusehen sei. Das entscheidende Moment liegt hier auf der Erklärung des Willens, als einer Handlung, welche, ganz abgesehen davon, ob der Erklärende den Willen wirklich gehabt hat oder nicht, bis zum Beweise des Gegentheils als der wahre Ausdruck des Willens betrachtet werden muß. Namentlich liegt dieß bei den erzwungenen Veräußerungen ganz klar zu Tage. Denn tradirt der Gezwungene die Sache mit der Absicht, Eigenthum (die factische Herrschaft) auf den Zwingenden zu übertragen und nimmt der Zwingende in der Absicht, das Eigenthum zu erwerben, an, so geht das Eigenthum auf den Zwingenden über und es bedarf der Gezwungene zur Rückgängigmachung dieses rechtlichen Erfolges einer Restitution gegen seine eigene Handlung.

Das Princip, eine erzwungene Willenserklärung habe nicht Nichtigkeit, sondern nur Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts zu Folge[1], ist in dem B. G.=B. §§ 1593. 1625 auch in Beziehung auf die Eingehung der Ehe zur Geltung gebracht worden. Dagegen erklärt der § 2078, aus Gründen, welche zu diesem § angegeben werden sollen, einen erzwungenen letzten Willen für nichtig.

Gegen die nachtheiligen Folgen des Zwangs giebt das B. G.=B. in §§ 1502. 1503 eine Klage wider den Zwingenden und wider Jeden, welcher in Folge des Zwanges bereichert worden ist. Eine actio in rem scripta ist die actio quod metus causa nach dem Gesetzbuche nicht.

---

§ 94. Ob die Furcht eine gegründete war, wird nach der Beschaffenheit des angedrohten Uebels und der angewendeten Mittel, sowie nach der Persönlichkeit des Bedrohten und des Bedrohenden und sonst nach den Umständen beurtheilt.

Das Wesentlichste zur Interpretation dieses § ist bereits in den speciellen Motiven zu dem vorigen § gesagt. Dem ist nur noch Nachstehendes beizufügen. Bei Beurtheilung der Widerrechtlichkeit der Drohung ist natürlich nicht blos darauf, ob der Drohende zu der Zufügung des Uebels, mit dem er gedroht hat, berechtigt oder nicht berechtigt war, sondern auch darauf zu sehen, ob derselbe ein Recht auf Das hatte, was er durch die

---

1. Man vergl. auch Annalen N. F. Bd. 4, S. 14 not. 2 und Siebenhaar, Correalobligationen S. 286 not. 1.

Drohung erzwungen hat. Wenn z. B. Jemand, welcher vermöge eines Wechsels 100 Thaler zu fordern hat, (nach älterem Rechte) den Wechselschuldner zur Zahlung mit der Drohung aufgefordert hätte, daß er außerdem auf Anlegung des Personalarrests wider denselben antragen würde, so könnte die hierauf erfolgte Zahlung unter allen Umständen nicht als eine widerrechtlich erzwungene angesehen werden. Wenn aber derselbe Wechselgläubiger Zinsen, auf welche er kein Recht hat, oder die käufliche Ueberlassung einer Sache an Zahlungsstatt mit der Drohung gefordert hätte, daß er außerdem von seinem Rechte, auf Anlegung des Personalarrests anzutragen, Gebrauch machen würde, so könnte hierin, wenn die in dem gegenwärtigen § angegebenen sonstigen Voraussetzungen vorhanden sind, allerdings ein widerrechtlicher Zwang, welcher zu Anfechtung des Rechtsgeschäfts berechtigt, gelegen haben. Ebenso würde es nicht als eine unerlaubte Bedrohung gelten können, wenn der Bestohlene den Dieb blos zu dem Ende, die gestohlene Sache wieder zu erhalten, mit der Anzeige des Diebstahls bedroht und der Dieb die gestohlene Sache zurückgegeben hätte. Der vorliegende § hat weiter auf den Fall, wo das Uebel nicht sowohl dem Bedrohten, sondern andern mit ihm verwandten und befreundeten Personen, angedroht worden ist, keine besondere Rücksicht genommen. Dieß ist geschehen einmal deßwegen, weil es in den angegebenen Fällen doch immer blos auf die Wirkung ankommen kann, welche die Drohung auf Denjenigen gehabt hat, welcher behauptet, daß er dadurch widerrechtlich gezwungen worden sei, das andere Mal deßwegen, weil sich der Kreis der Personen, bei deren Bedrohung sich Jemand selbst mit bedroht fühlen kann, nicht objectiv abschließen läßt. Denn auch in dieser Hinsicht hängt Alles von der Persönlichkeit des Bedrohten und von den besonderen Umständen des einzelnen Falles ab.

---

§ 95. Wegen Irrthums, er bestehe in Nichtwissen oder in Falschwissen, ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn der Wille nicht auf dieses Rechtsgeschäft gerichtet war, insbesondere wenn der Irrthum die Identität des Gegenstandes oder, dafern es nach der Natur des Rechtsgeschäfts auf die Person ankommt, die Identität der letzteren betrifft.

Motive. Den Irrthum, welcher sowohl das Nichtwissen, als das Falschwissen umfaßt, hat dieser und der folgende § zum Gegenstande. Sowohl diesen allgemeinen, als auch den besonderen Bestimmungen des Gesetzbuchs über den Irrthum liegt folgende Theorie zu Grunde. Bei der vielfachen Beziehung, in welcher der Irrthum auf dem Rechtsgebiete vorkommt, muß zunächst die beschränktere Auffassung, in der derselbe an dieser Stelle in Betracht gezogen worden ist, festgestellt werden. Unbeachtet nämlich waren hier, wo es sich blos um den Einfluß des Irrthums auf die zu den Rechtsgeschäften erforderliche Willensäußerung handelt, alle Fälle zu lassen, in welchen

a) es an den nothwendigen Bedingungen eines Rechtsgeschäfts fehlt und dieses schon um deßwillen wirkungslos ist, weil es an sich keine rechtsverbindliche Kraft hat, nicht aber um deßwillen, weil dabei ein Irrthum vorgekommen ist, z. B. wenn über einen dem Verkehre entzogenen Gegenstand contrahirt worden ist,

b) der Irrthum blos die Wirkung hat, daß aus einer Handlung auf einen stillschweigenden Consens, welcher außerdem darin liegen würde, nicht geschlossen werden kann, z. B. wenn ein Procurator eine ihm eigenthümlich gehörige Sache, ohne Kenntniß seines Eigenthums, für seinen Machtgeber verkauft hätte,

c) der Irrthum auf Rechtsverhältnisse von Einfluß ist, deren Beurtheilung

von dem Vorhandensein der bona oder mala fides abhängt, z. B. bei der Ersitzung in Betreff des Erwerbtitels,

d) der Irrthum für die Frage entscheidend ist, ob eine unerlaubte Handlung auf dolus oder culpa beruhe, endlich

e) bei einem Rechtsgeschäfte auf den Irrthum deßhalb etwas nicht ankommt, weil entweder das Geschäft an sich nichtig ist, es möge der Disponirende den Grund der Nichtigkeit gekannt haben oder nicht, oder weil die Gesetze ein un-unbedingtes Anfechtungsrecht geben und dieses nur dann wegfällt, wenn in dem Wissen Desjenigen, zu dessen Vortheile es eingeführt ist, ein Verzicht liegt, z. B. bei der Gewährleistung und Entwährung.

Demnach waren hier nur in Betracht zu ziehen

a) die Fälle des sogenannten uneigentlichen Irrthums, wenn der Erklärende scheinbar Etwas erklärt, was er gar nicht erklären will, wenn also kein eigentlicher Irrthum, sondern ein Mangel des Willens vorliegt,

b) die Fälle, wo der Wille vorhanden ist, aber ein Irrthum rücksichtlich der dem Geschäfte unterliegenden Motiven vorkommt.

Auf den unter a) bezeichneten sogenannten uneigentlichen Irrthum bezieht sich der gegenwärtige §, in welchem im Allgemeinen ausgesprochen wird, daß diese Art des Irrthums die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat. Als Richtung, in welcher sich dieser Irrthum äußern kann, wird angegeben die Identität des ganzen Geschäftes, indem durch die Wendung „dieses Rechtsgeschäft" hat hervorgehoben werden sollen, daß der Irrthum in dieser Richtung nur dann in Betracht kommt, wenn er die Art und den Inhalt des Geschäftes im Ganzen betrifft. Exemplicativ werden noch beigefügt die Richtung auf die Identität des Gegenstandes und die Richtung auf die Identität der Person, wenn es nach der Natur des Geschäftes auf die Person ankommt. Ausgeschlossen ist die Richtung des Irrthums auf die Identität des Gegenstandes hinsichtlich dessen Quantität. Soviel die Richtung des Irrthums auf die Substanz und auf die Eigenschaften des Gegenstandes anlangt, so fällt dieselbe in so fern, als der Gegenstand als ein von dem gemeinten verschiedener erscheint, unter die Richtung des Irrthums auf die Identität des Gegenstandes. Uebrigens folgt aus der Fassung des §, daß bei dieser Art des Irrthums auf dessen Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit nichts ankommt. Von dem Einflusse des sogenannten uneigentlichen Irrthums bei Verträgen handeln die §§ 862—869 des Entwurfs (§§ 837—843 des B. G.-B.).

Bei dem sog. uneigentlichen Irrthum kann auf die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthums um deßwillen Etwas nicht ankommen, weil derselbe der Grund ist, warum eine Willenserklärung als gar nicht vorhanden angenommen werden kann.

Wenn man den Unterschied zwischen wesentlichem und unwesentlichem Irrthum beibehalten will, so ist ein wesentlicher Irrthum derjenige, auf welchen sich der gegenwärtige § bezieht, ein unwesentlicher aber derjenige, von welchem in dem folgenden § die Rede ist. Ein wesentlicher Irrthum würde es z. B. sein, wenn der eine Contrahent einen Kauf, der andere Contrahent dagegen einen Miethcontract zu schließen beabsichtigt, oder wenn der eine Contrahent über das Grundstück A., der andere Contrahent über das Grundstück B., oder der eine Contrahent unter Verhältnissen, bei welchen es auf die Person ankommt, mit einer anderen Person, als der, mit welcher er contrahirt, contrahiren will. Hierher würde auch der Fall gehören, in welchem ein Contrahent über eine sog. Gesammt-

sache contrahiren will, jedoch nur so wenige Gegenstände vorhanden sind, daß von einer Gesammtsache nicht mehr die Rede sein kann. Dagegen ist es ein unwesentlicher Irrthum, wenn z. B. der eine Contrahent irrig glaubt, daß der andere Contrahent einen andern Namen führe, als dieser führt, oder wenn ein Contrahent glaubt, daß der Gegenstand des Rechtsgeschäfts eine bessere Qualität habe, als er hat, oder wenn der eine Contrahent irrthümlich annimmt, er habe Pflichten der Dankbarkeit gegen den andern Contrahenten, während dieß nicht der Fall ist. In wie weit der Irrthum über die Quantität wesentlich oder unwesentlich sei, wird im § 839 des B. G.-B. bestimmt.

Von der Frage, ob ein Rechtsgeschäft wegen Irrthums nichtig sei, oder nicht, ist die Frage verschieden, ob, wenn in Folge des nichtigen Rechtsgeschäfts eine Sache mit der Absicht, das Eigenthum daran zu übertragen, tradirt wird, Derjenige, welchem die Sache tradirt wird, das Eigenthum erwerbe. Auf diese letztere Frage wird erst zu dem § 254 näher einzugehen sein.

---

§ 96. Ein Irrthum von anderer Beschaffenheit, als der im § 95 angegebene, hat nur dann bei Rechtsgeschäften die bei einzelnen derselben näher bestimmten rechtlichen Folgen, wenn er durch Täuschung herbeigeführt worden ist, oder wenn die Gesetze eine Berufung auf Irrthum besonders gestatten und derselbe ein unverschuldeter ist.

Motive. Rücksichtlich des im vorigen § unter b) erwähnten Irrthums bestimmt der vorstehende §, daß derselbe nur dann bei Rechtsgeschäften die bei einzelnen derselben näher bestimmten Folgen hat, wenn er durch Täuschung herbeigeführt worden ist, oder wenn die Gesetze eine Berufung auf Irrthum besonders gestatten und in diesem Falle rücksichtlich des Irrthums keine Verschuldung zur Last fällt. Bei dem durch dolus herbeigeführten Irrthume ist, wie in dem speciellen Theile §§ 860. 861 des Entwurfs (§§ 835. 836 des B. G.-B.) näher bestimmt wird, für die Beurtheilung der rechtlichen Folgen desselben der Begriff des dolus entscheidend, während der Begriff des Irrthums in den Hintergrund tritt und sich blos dann wirksam zeigt, wenn, wie z. B. bei dem Betruge eines Dritten, auf Grund des Betruges keine Rechtshülfe gegen Denjenigen begründet ist, mit welchem das Geschäft geschlossen wurde. Zu den Fällen, in welchen die Gesetze eine Berufung auf Irrthum besonders gestatten, gehört vorzüglich der Fall, wenn eine Verbindlichkeit übernommen oder etwas geleistet worden ist, in der irrigen Meinung, daß dazu eine Verpflichtung bestehe (condictio indebiti). Endlich folgt aus dem auf die Entschuldbarkeit des Irrthumes bezüglichen Theile des gegenwärtigen §, in welchem zwischen dem Irrthume über die Existenz oder die wahre Bedeutung und die Anwendbarkeit der Rechtsbestimmungen auf gegebene Verhältnisse und Fälle (sog. error juris) und dem Irrthume über die Existenz oder Eigenschaften und Zustände von Menschen, Sachen oder Willensäußerungen und Ereignissen (sog. error facti) nicht unterschieden, sondern alles auf die Verschuldung gesetzt wird, soviel, daß der Meinung, es sei der error facti immer, der error juris aber nie entschuldbar, nicht beigetreten, vielmehr der Meinung der Vorzug gegeben worden ist, nach welcher je nach der Verschiedenheit der concreten Fälle auch ein error juris entschuldbar und ein error facti unentschuldbar sein kann. Hiernach gestaltet sich das Verhältniß so, daß der error juris in der Regel als ein verschuldeter und der error facti in der Regel als ein unverschuldeter gilt. Soviel namentlich den letzteren betrifft, so

wird er als verschuldeter zu betrachten sein, wenn er auf einer Sorglosigkeit und Nachlässigkeit beruht, wie sie einem Willensfähigen überhaupt nicht, oder in dem concreten Falle nicht nachzusehen ist, z. B. wenn Jemand nicht weiß, was Alle wissen, oder wenn er über seine eigenen Handlungen und Angelegenheiten in Ungewißheit ist. Auf den eigentlichen Irrthum beziehen sich die §§ 870. 1549—1563 des Entwurfs (§§ 845. 1519—1532 des B. G.-B.).

Die in den vorstehenden Motiven ausgesprochene Ansicht über den error juris muß nach den Beschlüssen des Landtags zu § 99 des Entwurfs (§ 97 des B. G.-B.) und zu § 1553 des Entwurfs (§ 1523 des B. G.-B.) (vergleiche Dep.-Ber. der I. Kammer über den Entwurf 2c. a. a. O. S. 585. Dep.-Ber. der II. Kammer den 2c. Entwurf 2c. betreff. a. a. O. S. 789. 797) eine Modification erleiden. Zunächst nämlich sind in dem § 99 des Entwurfs (§ 97 des B. G.-B.) die Worte „in der Regel" eingeschaltet worden, und zwar mit Hinsicht auf die condictio indebiti, indem man von der Ansicht ausgegangen ist, es dürfe, zumal das Gesetzbuch die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche nach dem bisherigen Rechte etwaige Härten gemildert haben würde, nicht kenne, im Falle der irrthümlichen Zahlung einer Nichtschuld die Bereicherung des Empfängers nicht verschieden beurtheilt werden, je nachdem der Irrthum des Zahlenden ein factischer Irrthum oder ein Rechtsirrthum sei. Sodann ist in § 1553 des Entwurfs (§ 1523 des B. G.-B.) das Wort „entschuldbaren" gestrichen worden, und zwar aus nachstehenden Gründen: „Nach der neuern Theorie werde die condictio indebiti nicht nur auf Grund eines factischen, sondern auch auf Grund eines Rechtsirrthums über das Bestehen der Verbindlichkeit zugelassen, also dazu nicht gerade ein absolut entschuldbarer Irrthum gefordert. Zwar sei man darüber einverstanden, daß der die Zahlung veranlassende Irrthum kein relativ verschuldeter sein dürfe. Allein da der Beweis des Irrthums in der Regel immer nur durch den Nachweis solcher äußerer Umstände geführt werden könne, welche auf das Vorhandensein des Irrthums schließen lassen, so reducire sich die Frage, ob ein verschuldeter oder unverschuldeter Irrthum anzunehmen sei, auf die Beurtheilung des einzelnen Falls nach der Richtung hin, ob Derjenige, welcher indebite gezahlt zu haben behauptet, sich wirklich im Irrthum befunden, oder wissentlich, also präsumtiv animo donandi, gezahlt habe". Hiernach gestaltet sich die Theorie des B. G.-B. über den error juris also: 1) derselbe steht dem factischen Irrthume gleich, 2) eine ex errore juris bezahlte Nichtschuld kann condicirt werden, vorausgesetzt, daß die Zahlung aus Irrthum über das Bestehen der Schuld geleistet worden ist, und die zu diesem Zweck beigebrachten Beweismomente nicht die Annahme rechtfertigen, es sei nicht aus Irrthum, sondern mit Kenntniß des Nichtbestehens der Schuld, also präsumtiv animo donandi, gezahlt worden. Der auf die Beweislast bei der condictio indebiti bezügliche § 1533 des B. G.-B. findet also Anwendung, ohne Unterschied, ob die Nichtschuld ex errore facti oder juris gezahlt worden ist. Der Kläger hat, wenn der Beklagte die Zahlung, welche der Kläger als indebite geleistet zurückfordert, überhaupt erhalten zu haben in Abrede stellt, blos die Zahlung zu beweisen; wogegen der Beklagte, wenn der Kläger diesen Beweis geführt hat, zu Abwendung der condemnatoria zu beweisen hat, daß die Schuld, welche bezahlt worden ist, besteht oder der Kläger gezahlt hat, obschon ihm bekannt gewesen ist, daß die Schuld nicht existirt. Gesteht aber der Beklagte die Zahlung zu, so hat der Kläger im Wesentlichen nur zu beweisen, daß die Schuld nicht bestanden hat. Ist von ihm dieser Beweis geführt, so ist es Sache der Beurtheilung des einzelnen Falles, zu bestimmen, ob aus Irrthum oder mit dem Bewußtsein, daß die Schuld nicht bestehe, gezahlt worden sei. In Beziehung auf diesen letzteren Umstand enthält der Nachweis, daß der Irrthum des Klägers ein Rechtsirrthum wäre, blos ein Wahrscheinlichkeitsmoment für das wissentliche Zahlen, dessen Werth nach den besonderen

Verhältnissen des einzelnen Falles zu bestimmen ist. Als Regel gilt also immer, daß der Kläger bei der condictio indebiti soluti den Irrthum zu beweisen hat; es bedarf nur nicht eines besonderen Beweises der Entschuldbarkeit des Irrthums und ebensowenig ist jeder Rechtsirrthum ein unentschuldbarer. Namentlich hat man aber im Auge zu behalten, daß es sich bei der condictio indebiti soluti um die Rückforderung des zur Erfüllung einer Schuld Geleisteten, nicht um die Begründung der Obligation handelt, welche erfüllt worden ist. Die gewöhnlichen Declamationen über die Zweifelhaftigkeit des Rechts beruhen auf der irrigen Vorstellung, daß die Sätze, welche die Rechtslehrer vortragen, das Recht enthalten. Die Unbekanntschaft mit diesen Sätzen kann allerdings nicht blos entschuldbar, sondern sogar lobenswerth sein. Aber das wahre Recht ist dem Menschen in das Herz gelegt und es kann darüber nie ein Zweifel vorhanden sein.

Von der condictio indebiti promissi wird in dem Obligationenrechte zu handeln sein.

Besondere Vorschriften über den Irrthum hat das B. G.-B. in §§ 1411. 1453 beim Vergleich und bei der Bürgschaft.

Von der Frage, welchen Einfluß der durch Betrug herbeigeführte Irrthum habe und ob, wenn der Betrug von einem Dritten verübt worden ist, auch in Beziehung auf diesen Irrthum der Unterschied zwischen wesentlichem und unwesentlichem Irrthum seine Bedeutung behalte, wird zu dem § 836 des B. G.-B. das Nöthige zu sagen sein.

---

§ 97. Auf Unkenntniß eines gehörig bekannt gemachten Gesetzes kann sich in der Regel Niemand berufen.

Wegen dieses § ist auf das zu dem vorstehenden § Gesagte zu verweisen und Dem nur noch die Bemerkung beizufügen, daß das B. G.-B. die für unsere Verhältnisse nicht mehr passenden und daher schon jetzt nicht mehr praktischen Vorschriften des Röm. Rechts, wonach gewissen Klassen von Personen, z. B. den Frauen, soweit es sich um die Abwendung eines positiven Schadens handelte, Soldaten und den sog. rusticis die Rechtsunwissenheit nachgesehen werden soll, nicht aufgenommen hat, diese Privilegien also für die Zukunft in Wegfall kommen.

---

§ 98. Die Willenserklärung geschieht ausdrücklich durch Worte oder verständliche Zeichen, oder stillschweigend durch Aeußerungen oder Handlungen, welche auf die Willenserklärung schließen lassen.

Motive. Dieser § hat die verschiedene Art, auf welche sich die zu den Rechtsgeschäften erforderliche Willensbestimmung erkennbar machen kann, zum Gegenstande. Demzufolge werden zwei Arten der Kundgebung des Willens angegeben, nämlich die ausdrückliche und stillschweigende. Erstere ist diejenige, welche sich durch Worte oder verständliche Zeichen äußert, letztere dagegen diejenige, welche durch Handlungen oder Aeußerungen geschieht, die auf die Willenserklärung mit Sicherheit schließen lassen. Dem Gesetzbuche liegt hiernach die Ansicht zu Grunde, daß, sofern nicht etwa für ein Rechtsgeschäft eine bestimmte Form besonders vorgeschrieben ist, beide Arten der Willenserklärung sowohl durch (mündlich oder schriftlich ausgesprochene) Worte, als ohne Worte, also durch Handlungen im eigentlichen Sinne, erfolgen können.

Als „verständliche Zeichen", durch welche der Wille ausdrücklich zu erkennen gegeben werden kann, sind alle Handlungen zu betrachten, in welchen man im

gewöhnlichen Leben die Abgabe einer Willenserklärung zu finden pflegt, z. B. Winken, Zunicken, Kopfschütteln, Handschlag und andere Gebärden.

Die stillschweigende Willenserklärung wird durch Schlüsse vermittelt, welche auf Handlungen oder Aeußerungen gestützt werden; sie kann nicht angenommen werden, wenn den Umständen nach eine mehrfache Deutung möglich ist. Beispiele der stillschweigenden Willenserklärung enthalten unter anderen die §§ 497. 1009. 1349 des Entwurfs (§§ 486. 982. 1320 des B. G.-B.), doch versteht es sich von selbst, daß es außer den im Gesetzbuche erwähnten eine Menge Fälle giebt, in welchen eine stillschweigende Willenserklärung anzunehmen sein kann, z. B. Einverständniß des Gläubigers mit dem Stehenbleiben des Capitals, wenn Zinsen im Voraus angenommen werden, oder Einwilligung in den Kauf, wenn Waaren, welche unbestellt mit Verkaufsrechnung übersendet worden sind, angenommen oder verbraucht werden. Denn im Allgemeinen gilt die Regel, daß der stillschweigende Consens dem ausdrücklichen gleichsteht und überall, wo in dem Gesetzbuche der Consens erwähnt wird, darunter sowohl der ausdrückliche als der stillschweigende begriffen ist.

In Beziehung auf das in diesem § nicht besonders erwähnte „Stillschweigen“ ist die Meinung nachstehende gewesen. In Fällen, in welchen keine Verpflichtung vorhanden ist, zu bejahen oder zu widersprechen, kann dem bloßen Stillschweigen, welches eben nur die Bedeutung hat, daß nicht eingewilligt oder nicht widersprochen wird, eine besondere rechtliche Folge nicht beigelegt werden. So liegt z. B. in dem Schweigen des einen Contrahenten zu dem Antrage des anderen Contrahenten, ein abgeschlossenes Geschäft wieder rückgängig zu machen, nur so viel, daß in die Rückgängigmachung des Geschäftes nicht eingewilligt worden ist. In Fällen dagegen, in welchen eine Verpflichtung zur Einwilligung oder zum Widerspruche besteht, ist die rechtliche Folge des Stillschweigens, je nachdem die Einwilligung oder der Widerspruch als das Recht anzusehen ist, welches der Schweigende durch sein Schweigen ungebraucht läßt, nach den Grundsätzen über die stillschweigende Willenserklärung zu bestimmen. Ein Fall, wo aus dem unterlassenen Widerspruche auf Einwilligung zu schließen ist, wird in § 1326 des Entwurfs (§ 1297 des B. G.-B.) angegeben.

Auch im Röm. Recht sind die in den Gesetzen namhaft gemachten Fälle der stillschweigenden Willenserklärung, z. B. l. 57 pr. D. de pactis. l. 95 D. de acquir. vel omitt. hered. l. 5 D. ratam rem hab. l. 20 D. de acquir. vel omittenda hered. l. 2 § 5 D. de pact. l. 7 Cod. de remiss. pign. l. 14 Cod. de solut. l. 13 § 11 D. loc. l. 26 § 1 D. de pign. l. 5 § 2 D. in quib. caus. pign. l. 37 pr. D. ad Sctum Trebellian. nur einzelne Beispiele, wie deren auch im B. G.-B. außer den in den Motiven angegebenen noch mehrere vorkommen, z. B. §§ 985. 1106. 1218. 1719. 2252. Alle Fälle, welche in dieser Hinsicht denkbar sind, zu erschöpfen, ist wegen der Mannigfaltigkeit der Gestaltungen des täglichen Verkehrs nicht möglich, vielmehr muß dem Richter die Beurtheilung des einzelnen Falles überlassen bleiben.

In Beziehung auf das „Stillschweigen“ lassen sich ebenfalls keine weiteren Regeln aufstellen, als die von der stillschweigenden Willenserklärung überhaupt geltende allgemeine, es sei unter Berücksichtigung der concurrirenden Umstände zu ermessen, ob aus dem Schweigen auf die Einwilligung geschlossen werden könne. Hätte man diese allgemeine Regel specialisirt, z. B. so: „Das bloße Schweigen ist als Einwilligung nur dann zu betrachten, wenn entweder die Gesetze diese Folge damit verknüpfen, oder wenn der Schweigende, welcher sich erklären konnte, geschwiegen hat, während der andere Theil

dieß nach den vorliegenden Umständen als Einwilligung auffassen, und ersterer dieß wissen mußte", oder so: „Aus dem bloßen Stillschweigen kann eine Einwilligung nicht gefolgert werden, ausgenommen wenn das Gesetz dieß ausdrücklich bestimmt, oder wenn der Schweigende zur Erklärung rechtlich verpflichtet war, und falls er nicht einwilligen wollte, widersprechen konnte, oder wenn er unter Umständen geschwiegen hat, unter welchen dieses Schweigen, wenn es keine Einwilligung enthalten sollte, nur als eine arglistige Täuschung angesehen werden kann", so würde man für die eben nach ihren Besonderheiten und Eigenthümlichkeiten zu beurtheilenden concreten Fälle Anweisungen gegeben haben, welche weit eher schaden müßten, als sie nützen könnten. Dergleichen Sätze eignen sich allenfalls für ein Lehrbuch, nicht aber für ein Gesetzbuch.

Zur Berichtigung des in den Motiven über die Zeichen der Einwilligung Gesagten ist zu bemerken, daß diese Zeichen, wenn sie zum Zwecke der Erklärung einer Einwilligung gegeben worden sind, als ausdrückliche Willenserklärungen zu betrachten sind, nicht aber, wenn sie vorgekommen sind, unter allen Umständen eine Erklärung der Einwilligung enthalten. (Man vergl. Annalen Bd. 3, S. 308 folg.)

Die in neuerer Zeit, glücklicher Weise!, immer mehr außer Gebrauch kommende Lehre der Specialität des Eidesantrages wirkt noch in so fern, als man die Eide über mündliche Erklärungen so faßt, „es sei die Erklärung mit ausdrücklichen Worten abgegeben worden". Hierdurch wird der Eid erst recht unbestimmt, weil nicht abzusehen ist, was „ausdrückliche Worte" sein sollen. Denn unmöglich kann damit gemeint sein, daß gerade die Worte gebraucht sein müssen, auf welche die Erklärung selbst geht, also über die Worte, nicht über den Sinn der Erklärung geschworen werden solle, z. B. wenn es sich um die Annahme eines Vertragsanerbietens handelt, die Worte „ich nehme an" zu beschwören seien. Nach unserm Dafürhalten wird diese Eidesförmelung zu vermeiden sein; es liegt darin ein Mißtrauen wider die Fähigkeit der Contrahenten, die Vertragsverhandlungen in ihrem Zusammenhange richtig aufzufassen und ein zu hoch gespannter Anspruch an das Gedächtniß der Contrahenten, welche sich natürlich nicht jedes Wort einer Vertragsverhandlung merken können, endlich eine Aufforderung zur Leistung des Eides in einem ganz anderen Sinne, als in den Worten der Eidesformel liegt.

---

§ 99. Die Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung wird durch eine mit den Aeußerungen oder Handlungen, aus welchen sie abgeleitet werden kann, verbundene Verwahrung unter den Einschränkungen im § 140 ausgeschlossen.

Mit Beziehung auf das zu dem vorigen § über das „Stillschweigen" Gesagte ist hier darauf aufmerksam zu machen, daß in den §§ 141. 142 von der Verwahrung gegen die aus dem Schweigen zu ziehenden Folgen in ihrer doppelten Eigenschaft, nämlich einmal als einer Erklärung, daß man nicht einwillige, das andere Mal als eines Acts, durch welchen die fremde Handlung, von der man Nachtheil fürchtet, gehindert werden soll, die Rede ist.

---

§ 100. Die Willenserklärung erfordert in der Regel keine besondere Form. Schreibt das Gesetz eine solche vor und ist diese nicht beobachtet, so ist das Rechtsgeschäft nichtig, selbst wenn das Gesetz dieß nicht besonders ausspricht.

Motive. Die in diesem § aufgestellte allgemeine Regel wird in ihrer speciellen Anwendung auf Verträge §§ 846—851 des Entwurfs (§§ 821—827

des B. G.-B.) weiter ausgeführt. Abgesehen von dem Familien- und Erbrechte sind namentlich Verträge, welche die Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke oder die Uebertragung einer Berechtigung, die ein Folium im Grundbuche erhalten hat, zum Gegenstande haben, ingleichen Schenkungen, deren Betrag die Summe von 1000 Thalern übersteigt, an besondere Formen gebunden.

Besondere Formen, von welchen die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts abhängig sein kann, sind insbesondere: die Zuziehung von Zeugen, die Abfassung einer Urkunde, die gerichtliche oder landesherrliche Bestätigung. Nach dem Gesetzbuch werden Zeugen, also Solennitäts- nicht Beweiszeugen, gefordert, z. B. zur Schließung eines Verlöbnisses, wenn die Eltern oder Großeltern beider Theile nicht mehr am Leben sind (§ 1576), zur Errichtung außergerichtlicher letzter Willen (§§ 2100. 2109. 2113), zum Widerruf letzter Willen (§ 2212), zum Widerruf eines Vermächtnisses (§ 2413). Einer Abfassung einer Urkunde bedarf es zur Veräußerung eines Grundstückes oder einer Berechtigung, welche ein Folium im Grundbuche erhalten hat (§ 822). Gerichtliche Bestätigung oder Insinuation wird, abgesehen von dem Institut der Ingrossation der Grundstücke und von der Bürgschaft der Ehefrau, z. B. zu einer Schenkung erfordert, deren Betrag zur Zeit der Schenkung eintausend Thaler übersteigt (§ 1056). An die landesherrliche Bestätigung sind geknüpft die Ehelichsprechung außerehelicher Kinder (§ 1783), die Annahme an Kindesstatt (§ 1787) und unter gewissen Voraussetzungen die Errichtung einer Familienanwartschaft (§ 2538).

Vorschriften, daß Rechtsgeschäfte nur durch gewisse Beweismittel bewiesen werden können, enthält das Gesetzbuch nicht.

Der zweite Satz des § gilt nicht blos für das Gesetzbuch, sondern überhaupt für jedes Gesetz. Freilich hat das allg. D. Handelsgesetzbuch, z. B. Art. 44. 139, eine Menge Formvorschriften, von welchen kaum anzunehmen sein möchte, daß die Absicht dahin gegangen sein könne, von deren Beobachtung die Gültigkeit der Handlung abhängig zu machen. Die Anwendbarkeit des gegenwärtigen § auf das Handelsgesetzbuch dürfte daher allerdings Zweifel haben.

---

§ 101. Bei Rechtsgeschäften handeln für Diejenigen, welche ihre Angelegenheiten zu besorgen unfähig sind, gesetzliche Vertreter, für juristische Personen deren verfassungsmäßige Vertreter. Auch andere Personen können bei Rechtsgeschäften, soweit sie nicht ihrer Natur nach in Person zu besorgen sind, vertreten werden.

Motive. In diesem § ist von den eigentlichen Stellvertretern, oder von Denjenigen die Rede, welche durch ihren Willen den vermögensrechtlichen Willen eines Anderen repräsentiren, im Gegensatze zu den bloßen Mittelspersonen, welche nur Werkzeuge fremder Willensäußerungen sind, z. B. Boten, sog. solutionis causa adjecti, oder zu den behufs der Vermittelung eines Geschäftes gebrauchten Gehülfen, z. B. Mäkler 2c.

Von den Stellvertretern juristischer Personen ist bereits oben zu § 54 des Entwurfs (§ 52 des B. G.-B.), gehandelt worden.

Die Beantwortung der Frage, in wie weit für andere Personen, als juristische, im einzelnen Falle eine Stellvertretung ausnahmsweise unzulässig ist, richtet sich nach der besonderen Natur des Geschäftes, dessen Vollziehung in Frage kommt. Ein letzter Wille kann nach § 2098 des Entwurfs (§ 2064 des B. G.-B.) nur in eigner Person errichtet werden, wogegen nach § 2285 des Entwurfs (§ 2250 des B. G.-B.) bei Antretung einer Erbschaft eine Stellvertretung statt-

haft ist. Im Zwecke des § 1681 des Entwurfs (§ 1650 des B. G.-B.) liegt, daß eine Ehefrau sich bei der Verbürgung für den Ehemann nicht durch Andere vertreten lassen kann.

Ueber die Stellvertretung bei Verträgen sind die §§ 812—814 des Entwurfs (§§ 788—791 des B. G.-B.) zu vergleichen.

Die wichtige Frage, ob durch die Rechtsgeschäfte, die ein Stellvertreter, als solcher, schließt, unmittelbare Rechte zwischen dem Vertretenen und dem contrahirenden Dritten hervorgebracht werden, wird, wenigstens in ihrer vorzüglichsten Beziehung auf das Obligationenrecht, erst zu den §§ 788—791 des B. G.-B. zu behandeln sein. Vorläufig mag hier nur auf die diese Frage betreff. Bestimmungen in §§ 193. 202. 203. 215. 216. 788. 1910 verwiesen werden.

---

§ 102. Den Rechten Dritter kann durch Rechtsgeschäfte kein Eintrag geschehen.

Auf die Frage, inwieweit Rechtsgeschäfte, welche die Rechte Dritter beeinträchtigen, durch nachträgliche Einwilligung oder durch Genehmigung dieser Dritten, oder durch spätere Erwerbung des Gegenstandes der Verfügung von Seiten des Verfügenden convalesciren können, wird erst später zu den einschlagenden Stellen des Gesetzbuchs einzugehen sein.

---

2. Folgen der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit.

§ 103. Nichtige Rechtsgeschäfte werden in ihren Haupt- und Nebenbestimmungen so angesehen, als wären sie nicht errichtet. Was von dem Inhalte des nichtigen Rechtsgeschäfts als besonderes Rechtsgeschäft bestehen kann, bleibt gültig; insbesondere bleibt, wenn die Nichtigkeit darauf beruht, daß der Gegenstand eines Rechtsgeschäfts eine gewisse Größe übersteigt, dasselbe bis zu dem erlaubten Betrage gültig.

Motive. Durch die Vorschrift des gegenwärtigen §: „Was von dem Inhalte des Rechtsgeschäftes als besonderes Rechtsgeschäft bestehen kann, wird durch die Nichtigkeit nicht betroffen" haben insbesondere die Fälle gedeckt werden sollen, in welchen die Nichtigkeit sich auf selbständige Nebenrechtsgeschäfte oder bloße außerwesentliche Dinge bezieht, deren Wegfall nach dem Satze: utile per inutile non vitiatur, auf das Geschäft selbst keinen Einfluß hat. Auch bedarf es wohl nicht erst der Erwähnung, daß, wenn eine Handlung vermöge ihrer eigenthümlichen juristischen Beschaffenheit nur einen Theil der damit bezweckten Wirkungen hervorbringen kann, in einem anderen Theile aber nichtig ist, z. B. die dolose Kündigung des Gesellschaftsvertrages, welche zwar gegen, aber nicht für den Kündigenden Wirkung hat [§ 1409 des Entwurfs (§ 1380 des B. G.-B.)], der in einem späteren Testamente ausgesprochene Widerruf eines früheren Testamentes, welcher selbst dann gilt, wenn die in dem späteren Testamente enthaltenen Verfügungen wegfallen [§ 2252 des Entwurfs (§§ 2217 des B. G.-B.)], in diesen Fällen eine Theilung in der Weise statthaft ist, daß einzelne Wirkungen derselben gelten, andere dagegen von selbst als nichtig wegfallen.

Der Zusatz: „auch bleibt, wenn die Nichtigkeit darauf beruht, daß der Gegenstand eines Rechtsgeschäfte eine gewisse Größe übersteigt, dasselbe bis zu dem erlaubten Betrage gültig und ist nur rücksichtlich des überschießenden Betrages nichtig“, bezieht sich blos auf Quantitäten, z. B. die Summe, bis zu welcher die donatio inter vivos keiner besonderen Form bedarf, und auf den Zinsfuß.

Die sogleich mit der Willenserklärung vorhandene Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts kann bestehen in der Nichtigkeit oder in der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts. Nichtig ist ein Rechtsgeschäft, welches die rechtlichen Folgen, die mit dessen Abschluß verbunden werden, gar nicht hervorbringt, welches mithin so angesehen wird, als ob es gar nicht geschlossen wäre[1]. Anfechtbar ist dagegen ein Rechtsgeschäft, welches zwar die mit demselben verbundenen rechtlichen Folgen hervorbringt, welches aber in so fern in der Schwebe hängt, als bei seinem Abschlusse gewisse Umstände vorhanden gewesen sind, durch deren Geltendmachung die angegebenen rechtlichen Folgen beseitigt werden können. Nichtig ist z. B. ein Rechtsgeschäft, bei welchem sich ein Contrahent oder beide Contrahenten in einem wesentlichen Irrthume befunden haben (B. G.-B. § 95), oder welches von handlungsunfähigen Personen (B.G.-B. § 89), oder über dem Verkehr entzogene Sachen (B.G.-B. § 90), oder ohne die dafür vorgeschriebene gesetzliche Form (B. G.-B. § 100) geschlossen worden ist. Anfechtbar dagegen ist z. B. ein Rechtsgeschäft, welches durch Betrug (B. G.-B. § 96), Zwang oder Furcht (B.G.-B. §§ 92. 93) herbeigeführt worden ist. Ein nichtiges Rechtsgeschäft erzeugt die mit ihm verbundenen rechtlichen Folgen gar nicht, ohne daß es einer Erklärung der Contrahenten, daran nicht gebunden sein zu wollen, oder eines richterlichen Ausspruchs, daß das Rechtsgeschäft keinen rechtlichen Bestand habe, bedarf; ist in Folge eines nichtigen Rechtsgeschäfts bereits Etwas geleistet, so hat die condictio sine causa statt (B. G.-B. § 1547). Ein anfechtbares Rechtsgeschäft hat rechtliche Folgen und behält diese, so lange nicht der seiner Gültigkeit entgegenstehende Umstand im Wege der Klage oder Exception oder auch durch bloße Erklärung der zur Anfechtung Berechtigten geltend gemacht worden ist; wird das Rechtsgeschäft in Folge Anfechtung aufgehoben, so kann das etwa Geleistete ebenfalls mittelst der condictio sine causa (B. G.-B. § 1547) zurückgefordert werden.

Ein nichtiges Rechtsgeschäft, wie es so eben näher bestimmt worden ist, unterscheidet sich von einem Rechtsgeschäft, welches nicht mehr geltend gemacht werden kann, weil es verjährt oder erfüllt worden ist, in so fern wesentlich, als dieses die mit seinem Abschlusse verbundenen rechtlichen Folgen hervorgebracht und bis zu deren Erlöschung gehabt hat, während aus jenem diese Folgen gar nicht entstanden sind. Eben so wenig läßt sich behaupten, daß ein unter einer Suspensivbedingung geschlossenes Rechtsgeschäft nichtig sei, wenn die Bedingung nicht eintritt. Denn das bedingte Rechtsgeschäft gelangt wegen Wegfalles der Bedingung in Folge der für diesen Fall getroffenen Bestimmung nicht zur vollen Wirksamkeit, hat jedoch bis dahin die rechtlichen Wirkungen gehabt, welche mit

1. Die römischen Juristen bezeichnen die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts mit dem Ausdrucke „negotium nullum“. Gewöhnlich übersetzt man dieß „ein nichtiges Rechtsgeschäft“, richtiger wäre die Uebersetzung „kein Rechtsgeschäft“, weil damit der Hintergedanke ausgeschlossen wäre, daß die Nichtigkeit eine Qualification des Rechtsgeschäfts sei und es eine querela nullitatis geben könne. Wenigstens muß man, wenn von einem nichtigen Rechtsgeschäfte die Rede ist, ingleichen wenn Wortwendungen gebraucht werden, welche auf die Einwirkung eines Nichtigkeitsgrundes auf das Rechtsgeschäft hinzuweisen scheinen, stets im Auge behalten, daß in der Nichtigkeit die Nichtexistenz des Rechtsgeschäfts liegt und es unserer, juristisch nicht ausgebildeten, Sprache an einem dem römischen „nullum“ entsprechenden Worte fehlt.

einem bedingten Rechtsgeschäfte verbunden sind. Wohl aber kann ein solches Rechtsgeschäft eben so nichtig sein, wie ein unbedingtes, z. B. wenn es von handlungsunfähigen Personen geschlossen worden ist.

Von der im Vorstehenden angegebenen (ursprünglichen) Ungültigkeit ist die nachfolgende, d. h. diejenige wohl zu unterscheiden, vermöge welcher das Rechtsgeschäft wegen eines erst später eingetretenen Umstandes, z. B. wegen zulässigen Widerrufs, wegen Erfüllung, wegen contrarius actus, wegen Untergangs des geschuldeten Gegenstandes u. s. w. seine Kraft verliert. Ob der Eintritt der Resolutivbedingung eine nachfolgende Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts herbeiführe, hängt nach gemeinem Recht davon ab, ob diese Bedingung als eine bloße Qualification des Rechtsgeschäfts oder als eine diesem beigefügte Nebenbestimmung aufzufassen ist. Von dem Standpunkte des B. G.-B. § 112 aus begründet der Eintritt der Resolutivbedingung wenigstens im Zweifel eine nachfolgende Ungültigkeit.

Als Nebenbestimmungen, welche als weggefallen gelten, wenn ein Rechtsgeschäft in den Hauptbestimmungen nichtig ist, sind insbesondere das Zinsversprechen, die Conventionalstrafe, die bestellten Bürgen und Pfänder zu betrachten. Soviel jedoch die Conventionalstrafe anlangt, so fällt dieselbe dann nicht weg, wenn sie lediglich zur Quantificirung eines Interesses dient, z. B. nach römischem Rechte bei den obligationibus in faciendo. (Man vergl. Siebenhaar, Correalobligationen S. 267 folg.) Ueber die Conventionalstrafe für den Fall verweigerter schriftlicher Vollziehung eines mündlich geschlossenen Immobilienkaufes ist zu vergleichen Annalen N. F. Bd. 3, S. 106 folg.

Von der in den speciellen Motiven erwähnten Regel: „utile per inutile non vitiatur“ werden in §§ 631. 2258 des B. G.-B. Ausnahmen gemacht.

Soviel die im zweiten Satz des gegenwärtigen § berührte sog. Conversion der Rechtsgeschäfte betrifft, so läßt sich darüber blos so viel sagen, daß, wenn das Rechtsgeschäft als solches, wie es geschlossen wurde, nichtig ist, dasselbe doch wenigstens als das, was es ist, aufrecht erhalten werden soll, sofern dieß der muthmaßlichen Absicht der Contrahenten entspricht. Alles hängt hier von der richtigen Beurtheilung des concreten Falles, namentlich der einzelnen gültigen Bestimmungen des in seiner Totalität ungültigen Rechtsgeschäfts und von der Ermittelung der muthmaßlichen Absicht der Contrahenten ab. Specielle Regeln lassen sich selbstverständlich darüber nicht aufstellen. Ein Beispiel der zulässigen Conversion des Rechtsgeschäfts würde nachstehendes sein. Hätte Jemand das Landgrundstück eines Andern zu pachten beabsichtigt und wäre der Pachtcontract, über welchen die Interessenten einverstanden gewesen sind, um deßwillen, weil der Pachtlustige das Grundstück später selbst zu erwerben beabsichtigt hätte, in einen suspensiv bedingten Kauf in der Weise eingekleidet worden, daß bis zum Eintritte der Bedingung die Benutzung des Grundstücks dem Käufer gegen Bezahlung eines Zinses überlassen worden wäre, so würde das Rechtsgeschäft, wenn es als Kauf nicht gelten könnte, unter den sonstigen Voraussetzungen doch wenigstens als Pachtcontract aufrecht zu erhalten sein. Ein nach der allg. D. W.-O. ausgestellter Wechsel, welcher als solcher nichtig ist, wird niemals als Schuldverschreibung aufrecht erhalten werden können[1]. Wohl aber war es, schon zu der Zeit, zu welcher die Schuldhaft noch bestand, denkbar, daß eine wechselmäßige Schuldverschreibung, welche als solche nicht galt, als einfache Schuldverschreibung aufrecht zu erhalten sein konnte. Nach dem B. G.-B. § 2547 kann ein Erb-

1. Man vergl. Annalen des K. Oberappellationsgerichts zu Dresden Bd. 1, S. 245. Wenn man mitunter behauptet, es könne ein Wechsel, welcher das Bekenntniß des Valutaempfanges enthalte, als Schuldverschreibung aufrecht erhalten werden, so legt man dem Valutabekenntnisse einen ganz unrichtigen Begriff unter.

vertrag, welcher als solcher ungültig ist, nicht als letzter Wille aufrecht erhalten werden. Die Frage endlich, ob und in wie weit ein Testament, welches als solches nicht gilt, als Codizill bestehen könne, hat sich nach dem B. G.-B., welches den Unterschied zwischen Testament und Codizill gar nicht kennt, erledigt.

---

§ 104. Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird nicht dadurch gültig, daß die Gründe der Nichtigkeit wegfallen.

Motive. Von der in diesem § aufgestellten Regel: „daß ein nichtiges Geschäft nicht gültig wird, wenn die Gründe der Nichtigkeit später wegfallen", machen insbesondere die sog. negotia claudicantia eine Ausnahme (§ 811 des Entwurfs, § 781 des B. G.-B.). Soviel die Regel selbst betrifft, so beschränkt sich dieselbe nur auf Fälle, in welchen die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes in dem Mangel der Handlungsfähigkeit der betheiligten Personen oder darin ihren Grund hat, daß das beabsichtigte Geschäft sich auf ein Object bezogen hat, über welches gar nicht contrahirt werden kann, indem in diesen Fällen der spätere Wegfall des Ungültigkeitsgrundes nicht die Folge hat, daß das Geschäft convalescirt. Dagegen ist es allerdings denkbar, daß Rechtsgeschäfte, deren rechtliche Existenz durch factische Umstände, nicht durch den Mangel der Fähigkeit des Subjects oder Objects gehindert war, convalesciren.

Dieser § giebt den Satz wieder, welchen das römische Recht theils allgemein[1], theils in besonderer Beziehung auf Testamente und Legate aufstellt[2]. Auch läßt sich nicht bezweifeln, daß dieser Satz als Regel richtig ist. So wird z. B. ein Rechtsgeschäft, bei dessen Schließung sich beide Contrahenten in einem wesentlichen Irrthume befunden haben, nicht dadurch gültig, daß die Contrahenten später ihren Irrthum wahrnehmen. Eben so wenig kann ein Rechtsgeschäft, welches einen außer Verkehr stehenden Gegenstand betrifft, dadurch convalesciren, daß der Vertragsgegenstand in Verkehr kommt, vorausgesetzt, daß die Contrahenten nicht etwa für diesen Fall ausdrücklich contrahirt haben.

Die im § ausgesprochene Regel ist aber nicht eine ausnahmslose; vielmehr giebt es, wie schon nach gemeinem Recht[3], so auch nach dem Gesetzbuch einige Ausnahmen, auf welche mit Hinsicht auf die Vorschrift in § 27 des B. G.-B. bei Aufstellung der Regel nicht besonders Rücksicht genommen zu werden brauchte.

Die wichtigste Ausnahme machen die bereits in den speciellen Motiven erwähnten sog. negotia claudicantia. Das B. G.-B. hat nämlich in § 787 in Verbindung mit §§ 1822. 1911 die recipirte[4] Ansicht angenommen, daß, wenn eine beschränkt handlungsfähige Person, welche zu dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts des Consenses einer dritten Person bedarf, ohne diese letztere contrahirt hat, die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts durch die nachträgliche Genehmigung dieser dritten Person geheilt, das Geschäft also rückwärts (jedoch selbstverständlich ohne Beeinträchtigung der in der Zwischenzeit entstandenen Rechte Dritter) gültig wird. (Sog. relativ oder bedingt nichtige Geschäfte.) Eine weitere Ausnahme enthält der § 1649, nach welchem eine Schenkung unter Ehegatten convalescirt, wenn der Schenker während der Ehe stirbt, ohne dem Beschenkten gegenüber erklärt

---

1. l. 29 D. de reg. juris. „quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere".

2. l. 201 D. de reg. juris. l. 1 pr. D. de reg. Catoniana.

3. z. B. l. 42 D. de usurp. l. 4 § 32 D. de doli except. l. 33 D. de donat. int. V. et U.

4. v. Savigny, a. a. O. Bd. 4, S. 541. 542.

zu haben, daß er die Schenkung widerrufe. In einem gewissen Sinne gehört hierher auch der Fall, wo der Veräußerer das zur Veräußerung berechtigende Eigenthums- oder Verfügungsrecht nicht hat, aber später erwirbt (B. G.-B. §§ 254. 570)[1].

---

§ 105. Ein gültig errichtetes Rechtsgeschäft bleibt gültig, selbst wenn Umstände eintreten, unter welchen es nicht hätte gültig errichtet werden können.

Motive. Angehend die Vorschrift dieses §, so folgt aus derselben, daß ein Testament, welches ein furiosus oder prodigus gültig errichtet hat, der später weggefallenen testamenti factio activa ungeachtet, bei Kräften bleibt. Auch gehören hierher die Fälle, wo die Leistung des Gegenstandes einer Obligation später unmöglich wird.

Dieser § stellt eine Regel auf, welche unzweifelhaft richtig ist[2]. So wird ein Testament nicht ungültig, wenn der Testator später wahnsinnig wird. Ebenso wird eine Schenkung nicht dadurch infirmirt, daß der Schenker und die Beschenkte sich später heirathen. Mit der Regel des § steht es auch nicht in Widerspruch, daß das an sich gültig geschlossene Rechtsgeschäft in Folge späterer Ereignisse seiner rechtlichen Wirkungen beraubt werden kann. Denn es bleibt in diesen Fällen immer noch wahr, daß das Rechtsgeschäft gültig geschlossen ist. Um den hauptsächlichsten Fall zu erwähnen, so liegt den Vorschriften über die zufällige oder verschuldete Unmöglichkeit der Leistung (B. G.-B. §§ 721—727. 866—870. 1008—1015) die Vorstellung zu Grunde, daß das Rechtsgeschäft an sich fortwirkt. Der einzige Fall, in welchem die Regel nicht durchschlägt, ist der des § 870, indem, wenn der Gebrauch einer Sache oder eine persönliche Leistung versprochen worden ist, im Falle der zufälligen Unmöglichkeit der Leistung auch der andere Theil von der Gegenleistung frei wird. Indessen selbst abgesehen davon, daß auch in diesem Falle bis zum Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung das Rechtsgeschäft seine rechtlichen Wirkungen hat und diese letzteren erst von dieser Zeit an hinwegfallen, die Ausnahme daher mehr blos eine scheinbare ist, so lag ein Grund, die im gegenwärtigen § aufgestellte allgemeine Regel mit Hinsicht auf diesen Fall zu beschränken, nicht vor, weil in so weit die Vorschrift in § 27 des B. G.-B. Anwendung findet.

---

§ 106. Gültig errichtete Rechtsgeschäfte können durch den Willen sämmtlicher Personen, welche dadurch Rechte erlangt haben, aufgehoben werden.

---

1. Der gemeinrechtliche Ausnahmefall, wo der Ehemann den fundus dotalis veräußert und demselben später die dos zufällt (l. 42 D. de usurp.), hat, da der Ehemann nach dem B. G.-B. an dem gesammten Vermögen der Ehefrau blos ein Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht hat, nichts Besonderes mehr.

2. Das römische Recht ist in dieser Hinsicht nicht ganz klar. In mehreren Gesetzstellen, z. B. l. 3 § 2 D. de his, quae pro non script. l. 11 D. de serv. l. 136 § 1 D. de V. O. l. 15 § 1 D. ad L. Aquil. wird als Regel aufgestellt, daß ein Rechtsgeschäft, welches gültig geschlossen worden ist, ex post ungültig werde, wenn die Umstände sich so verändern, daß es nicht mehr geschlossen werden könnte. In andern Stellen dagegen wird vor der unbedingten Anwendung dieser Regel ausdrücklich gewarnt, z. B. l. 85 § 1 de re jud. l. 2 § 2 D. de V. O. l. 6 § 1 D. qui testament. facere poss.

Die im gegenwärtigen § aufgestellte Regel ist unzweifelhaft begründet, nur muß sie richtig verstanden werden. Eine Modification derselben enthält der § 1000 des B.G.=B., in welchem gesagt wird, daß Consensualverträge nicht durch sog. mutuus dissensus aufgehoben werden können, wenn sie bereits erfüllt worden sind. Aber auch selbst in diesen Fällen bedarf es nicht schlechterdings eines besondern Vertrages über die Restitution des Geleisteten, vielmehr kann auch schon in dem Uebereinkommen über die Aufhebung des Vertrages stillschweigend liegen, daß das bereits Geleistete restituirt werden soll. Dagegen ist der in dem vorstehenden § aufgestellte Satz richtig bei den Consensualverträgen, soweit sie noch nicht erfüllt sind[1].

---

§ 107. Ein anfechtbares Rechtsgeschäft gilt als bestehend, bis die Anfechtung desselben erklärt ist. Erfolgt von Dem, der es anfechten kann, eine Genehmigung desselben, so gilt letztere als ein Verzicht auf das Recht der Anfechtung.

Motive. In diesem § ist die Frage, ob die Aufhebung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts ex tunc oder ex nunc wirke, nicht berührt, weil es hier blos auf eine allgemeine Charakterisirung der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts ankam. Man vergleiche über diese Frage die §§ 874. 875 des Entwurfs (§§ 849. 850 des B. G.=B.).

Wie sich insbesondere aus den §§ 848. 849 ergiebt, geht das B. G.=B. von der gegenwärtig auch in der Doctrin[2] herrschenden Ansicht aus, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft weder durch Verzicht auf die Nichtigkeit, noch durch Genehmigung convalesciren, wohl aber als Inhalt eines neuen Rechtsgeschäfts dienen kann. Hiermit ist die Vorstellung, als ob das neue Rechtsgeschäft auf den Zeitpunkt des ursprünglichen nichtigen zurück zu beziehen sei, ausgeschlossen. Dagegen bleibt aber die Frage[3] noch übrig, ob, wenn der Inhalt eines nichtigen Rechtsgeschäfts einem neuen Rechtsgeschäft zu Grunde gelegt worden ist, nicht wenigstens die Absicht der Contrahenten dahin gegangen sei, daß es so betrachtet werden solle, als ob die Wirkung des geschlossenen neuen Rechtsgeschäfts bereits früher eingetreten sei. Diese Frage dürfte weder unbedingt zu bejahen, noch unbedingt zu verneinen, sondern nach den besonderen Verhältnissen des einzelnen Falles zu beantworten sein. In jedem Falle würde aber auch dann, wenn diese Frage nach den besondern Umständen zu bejahen wäre, dieß nur mit der Beschränkung geschehen können, daß eine solche Zurückziehung nicht zulässig sei, wenn das früher abgeschlossene Rechtsgeschäft wegen Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Form oder aus einem Grunde des öffentlichen Interesses nichtig gewesen ist, ingleichen daß unter allen Umständen den Rechten Dritter, welche in der Zwischenzeit Rechte erworben haben, kein Eintrag geschehen darf.

In Beziehung auf die sog. relative oder bedingte Nichtigkeit und auf die Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte liegt es in der Natur der Sache, daß durch die Genehmigung des relativ oder bedingt nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgeschäfts das letztere rückwärts convalescirt.

---

1. Ueber die Wirkung der pacta adjecta bei den Consensual= und Realobligationen ist zu vergl. Siebenhaar, a. a. O. S. 375 folg. Namentlich würde es aber irrig sein, wenn man aus den §§ 574. 590 des B. G.=B. ableiten wollte, es könne eine Dienstbarkeit durch **bloßen** Consens bestellt oder aufgehoben werden.

2. Man vergl. v. Savigny, a. a. O. S. 540.

3. Man vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. Jahrg. 1853, S. 334 folg.

3. Nebenbestimmungen.

§ 108. Aufschiebend ist eine Bedingung, wenn die Vollendung, auflösend, wenn die Aufhebung eines Rechtsgeschäfts von einem Ereignisse abhängig gemacht ist.

In dem Entwurfe des Gesetzbuchs war anstatt des Wortes „Vollendung" das Wort „Entstehung" gebraucht. In beiden Kammern (Dep.-Ber. d. II. Kammer, Landt.-Act. Beil. z. III. Abth. Bd. 3, S. 789 folg. Anderweiter Dep.-Ber. d. I. Kammer über den Entwurf u. s. w. Beil. z. II. Abth. Bd. 3, S. 385) fand jedoch die Fassung „durch die suspensive Bedingung werde die Entstehung des Rechtsgeschäfts aufgeschoben" Anstoß. Man ging davon aus, daß der Ausdruck „Entstehung" in so fern nicht bezeichnend sei, als derselbe auch so verstanden werden könne, es habe das Rechtsgeschäft in dem Zustande der Unentschiedenheit überhaupt gar keine verbindliche Kraft, während doch in den §§ 871. 874. 889. 890 des B. G.-B. das Gegentheil bestimmt sei. Bei einem unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Rechtsgeschäfte müsse man drei Stadien unterscheiden, erstens das der Unentschiedenheit während des Schwebens der Bedingung, zweitens das der Gewißheit nach erfüllter Bedingung, und drittens das des Hinfalles des Rechtsgeschäfts durch Nichteintritt der Bedingung. Bereits in dem ersten Stadium habe das Rechtsgeschäft rechtliche Wirkungen, welche eine feste Gestalt erhielten oder auch verschwänden, je nachdem die Bedingung erfüllt werde, oder nicht eintrete. Es lasse sich daher nicht sagen, daß ein unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenes Rechtsgeschäft überhaupt nicht entstanden sei.

So wenig sich die Richtigkeit dieses Einwandes gegen den Ausdruck „Entstehung" bezweifeln ließ, so schwierig war es, einen ganz passenden Ausdruck zu finden. Ein technischer Ausdruck für das Verhältniß eines bedingten Rechtsgeschäfts, während des Schwebens der Bedingung, zu dem Rechtsgeschäfte nach der Erfüllung der Bedingung hat sich zur Zeit noch nicht gebildet, vielmehr bedient man sich dafür in der Theorie und in dem praktischen Leben verschiedener Wendungen, z. B. durch die Erfüllung der Bedingung komme das Rechtsverhältniß zu Stande, es gelange das Rechtsverhältniß dadurch zur Wirksamkeit oder zur vollen und unbedingten Wirksamkeit, oder es trete das vereinbarte Rechtsverhältniß ein. Indessen bezeichnet keine dieser Wendungen ganz vollständig den Uebergang des Rechtsverhältnisses aus dem Zustande der Unentschiedenheit in den der Gewißheit, welcher sich bei dem bedingten Rechtsgeschäft durch die Erfüllung der Bedingung vermittelt. Die römischen Juristen nennen die aus einem bedingten Rechtsgeschäfte hervorgehende Obligation während des Schwebens der Bedingung eine obligatio imperfecta[1], in vollem Einklange mit dem Sprachgebrauch, welcher auch sonst noch in den Gesetzen vorkommt[2], und um sich diesem Sprachgebrauche möglichst anzuschließen, haben Regierung und Stände sich dahin vereinigt, daß sowohl in dem gegenwärtigen §, als auch in andern §§, bei welchen dasselbe Verhältniß in Frage ist, z. B. §§ 112. 872 der Ausdruck „Entstehung" mit dem „Vollendung" (Perfection, Zustandekommen) vertauscht werden sollte.

Der vorstehende § faßt den Begriff der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung im Wesentlichen in dem gemeinrechtlichen Sinne auf. Die nähere Entwickelung der rechtlichen Natur beider Arten von Bedingungen nach dem im B. G.-B. sonst, nament-

---

1. l. 7 pr. D. contrah. emt. l. 10 § 4. D. de jure dot. l. 8 pr. D. de peric. et commodo l. 43 § 9 D. de aed. ed.

2. l. 35 § 5 D. de contrah. emt. l. 2 Cod. eod.

lich in §§ 871 bis 892. 2117 bis 2148, vorkommenden besonderen Vorschriften, muß der wissenschaftlichen Praxis überlassen werden. Indessen hält man für zweckmäßig, noch nachstehende kurze Bemerkungen beizufügen.

Man wird mit Grund fragen, ob das B. G.-B. die Bedingungen, die aufschiebenden sowohl als die auflösenden, für Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte (unter Lebenden) ansehe? Diese Frage ist, da sich die Vorschriften §§ 108 bis 115 unter der Ueberschrift „Nebenbestimmungen" befinden, unzweifelhaft zu bejahen. Nur ist, wie zu Vermeidung von Mißverständnissen erwähnt werden muß, die aufschiebende Bedingung nach dem B. G.-B. eine Nebenbestimmung anderer Art, als die auflösende Bedingung. Erstere ist eine Nebenbestimmung, welche die Willenserklärung beschränkt, dieser eine bestimmte Eigenschaft beilegt, und deren Wirksamkeit von dem Eintritte oder Nichteintritte der Bedingung abhängig macht. Wer ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung schließt, macht sich zwar verbindlich, aber blos für den in der Bedingung ausgedrückten Fall und blos von dem Zeitpunkte an, zu welchem die Bedingung in Erfüllung geht. Die auflösende Bedingung dagegen ist eine Nebenbestimmung, welche das „Rechtsgeschäft in seinen rechtlichen Wirkungen" beschränkt und dessen Ende und künftige Aufhebung vorbereitet. Wer ein Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung schließt, macht sich unbedingt und ohne Vorbehalt verbindlich, erklärt aber, daß seine Verbindlichkeit aufhören soll, wenn der in der Bedingung ausgedrückte Fall künftig eintritt[1]. Für die Frage, ob die Behauptung, ein Rechtsgeschäft sei unter einer Bedingung geschlossen worden, als eine bloße Verneinung der Unbedingtheit des Rechtsgeschäfts, oder als ein mit der Behauptung der Bedingtheit verbundenes Zugeständniß dieses Rechtsgeschäfts zu betrachten sei, ergiebt die vorstehend angegebene Verschiedenheit der aufschiebenden und auflösenden Bedingungen den Folgesatz, daß die Behauptung der aufschiebenden Bedingung ein reines Verneinen, die der auflösenden Bedingung dagegen ein mit einer Einrede verbundenes Zugeständniß enthält[2].

---

§ 109. Ist einem Rechtsgeschäfte eine Bedingung beigefügt, um eine den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreitende Handlung zu befördern, so ist das Geschäft nichtig.

Motive. In diesem § bedurfte es der Worte: „und die Bedingung einem Rechtsgeschäfte beigefügt ist, um diese Handlung zu befördern", um anzudeuten, daß es nicht auf die Eigenschaft der Bedingung, sondern auf den Zweck ankommt, zu welchem dieselbe beigefügt ist.

---

1. Diese Ansicht führt zu dem im § 880 §§ 886. 887 des B. G.-B. angegebenen Ergebnisse.

2. Man vergl. über diese Frage Pöschmann, über den Einfluß des sog. qualificirten Geständnisses auf die Beweislast, in den Annalen Bd. 5, S. 289 folg., insbesondere S. 315 folg. Zu warnen ist vor der Ansicht, als ob die Unbedingtheit eines Rechtsgeschäfts einen besonderen Beweissatz bilde. Dieß ist in keiner Weise der Fall. Derjenige, welcher Rechte aus einem Rechtsgeschäft geltend macht, hat immer blos das letztere zu beweisen; daß das Rechtsgeschäft unbedingt geschlossen worden sei, ist kein besonderer Gegenstand des Beweises, vielmehr gehört es zum directen Gegenbeweis, daß sub conditione suspensiva contrahirt worden sei. Von großer praktischer Bedeutung ist die Frage wegen der Beweislast bei der aufschiebenden Bedingung im Wesentlichen nur für die Processe, welche auf Eid stehen. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß das bisher Gesagte nicht von den aufschiebenden Bedingungen gilt, welche dem Rechtsgeschäft erst ex post beigefügt worden sind.

Zu erwähnen ist, daß dieser § nur die Rechtsgeschäfte unter Lebenden betrifft; für die einem letzten Willen beigefügten Bedingungen der hier fraglichen Art gelten nach §§ 2129 bis 2139 des B. G.-B. andere Vorschriften, welche im Wesentlichen auf den Satz hinausgehen, daß die Bedingung für nicht beigefügt anzusehen sei.

Eine speciellere Ausführung der in dem gegenwärtigen § aufgestellten allgemeinen Regel in ihrer Beziehung auf Verträge enthalten die §§ 878 bis 880 des B. G.-B. In dem § 879 wird auch auf die Bedingung, die Religion oder Confession zu ändern oder nicht zu ändern, Rücksicht genommen[1]. Auf die einem letzten Willen beigefügte Bedingung, in ehelosem Stande zu bleiben oder nach der Willkür eines Dritten zu heirathen, beziehen sich die §§ 2135. 2136 des B. G.-B. Zum Theil gehört auch hierher der § 1580 des B. G.-B. Im Uebrigen wird nach den besonderen Verhältnissen des einzelnen Falles zu ermessen sein, ob eine an sich tadellose Handlung gerade dadurch den Charakter des Unsittlichen annimmt, daß sie zur Bedingung eines Rechtsgeschäfts gemacht worden ist. Viel wird dabei ankommen auf das sonstige Verhältniß, in welchem die Contrahenten zu einander stehen, auf die aus den Umständen zu entnehmende Absicht der Contrahenten, auf die herrschenden Ansichten über die Sitte und den Anstand, auf die Beschaffenheit des angebotenen Vortheils oder des angedrohten Nachtheils.

---

§ 110. Besteht die Bedingung in dem Nichteintritte eines Ereignisses, so wird sie als erfüllt angesehen, wenn der Eintritt nicht mehr möglich ist.

Dieser § handelt von der Erfüllung einer sog. negativen Bedingung. Diese soll dann als erfüllt angesehen werden, wenn der Eintritt des zur Bedingung gemachten Ereignisses nicht mehr möglich ist. Negative Bedingungen sind hiernach erfüllt, wenn sie an eine Zeit gebunden sind und diese Zeit verflossen ist, ohne daß das zur Bedingung gemachte Ereigniß eingetreten ist, oder wenn dieses Ereigniß unmöglich geworden ist, oder wenn die Bedingung eine potestative ist und der bedingte Gläubiger stirbt, ohne die fragliche Handlung vorgenommen zu haben[2]

Ein besonderes Capitel über die Erfüllung der Bedingungen enthält das B. G.-B. nicht, weil das Meiste, was sich darüber sagen läßt, selbstverständlich ist. Dagegen finden sich im B G.-B. mehrere dahin einschlagende einzelne Bestimmungen, welche sich wenigstens nicht ohne Weiteres von selbst zu verstehen scheinen, z. B. §§ 871. 890. 891. 892. 2138. 2139. 2140. 2141. 2142. 2143. 2144. 2145. 2266.

---

1. Auf diese Frage wird zu dem § 879 und, soviel den letzten Willen anlangt, zu dem § 2137 das Nähere zu sagen sein. Vorläufig mag auf die reichhaltige Literatur über diesen Gegenstand aufmerksam gemacht werden. So viele Ansichten überhaupt denkbar sind, so viele sind auch aufgestellt worden. Eine Ansicht geht dahin, daß die Bedingung der sog. Religionsänderung schlechthin unzulässig sei (Sell, bedingte Tradition S. 209 in der Note. Mühlenbruch in Glücks Commentar Bd. 41, S. 104 folg. v. Savigny, a. a. O. S. 184 folg.). Eine zweite Meinung sieht diese Bedingung für schlechthin erlaubt an (v. Vangerow, Pandecten Bd. 1, S. 158 folg.). Eine dritte Meinung hält die Bedingung der Religionsänderung für unerlaubt, dagegen die Bedingung, die Religion nicht zu ändern, für erlaubt (v. Gerber, System des deutschen Privatrechts, ed. VIII. § 43 not. 6 S. 101). Eine vierte Meinung endlich will die Absicht der Contrahenten in dem einzelnen Falle untersucht wissen (Walter, deutsches Privatrecht § 779).

2. Ueber die sog. cautio Muciana ist zu vergl. § 2147 des B. G.-B.

§ 111. Die Bedingung gilt als erfüllt, wenn Derjenige, welcher im Falle ihres Eintritts verpflichtet werden soll, die Erfüllung hindert, es müßte denn die letztere seiner Willkür überlassen sein, und wenn Derjenige, welcher durch die Erfüllung einen Vortheil erlangen soll, diesen Vortheil anzunehmen sich weigert.

Motive. Soviel den in diesem § erwähnten ersten Fall der nicht wirklich erfolgten, sondern blos juristisch angenommenen Erfüllung der conditio angeht, so hat man durch die Worte: „es müßte denn die letztere (die Erfüllung der Bedingung) seiner Willkür überlassen sein" die Fälle zu treffen beabsichtigt, in welchen, obschon die Nichterfüllung der conditio zum Vortheile des Promittenten gereicht, dieselbe doch nach der Absicht der Interessenten auch dann nicht für erfüllt anzusehen ist, wenn der Promittent deren Erfüllung vorsätzlich hindert, z. B. wenn eine Schenkung davon abhängig gemacht wird, daß der Promittent eine Vergnügungsreise unternimmt, derselbe aber diese Reise absichtlich, vielleicht lediglich, um nicht aus der Schenkung verpflichtet zu werden, unterläßt. Aus der auf alle Fälle dieser Art bezüglichen Ausnahme folgt zugleich, daß die Regel selbst auf ein der Absicht der Interessenten zuwiderlaufendes, auf Deficienz einer Bedingung, deren Eintritt zum Vortheile des Promissars gereicht, gerichtetes Handeln, mithin auf einen mit dem dolus verwandten Fall zu beschränken ist.[1]

Noch mag, soviel die am Schlusse des § angegebene zweite Alternative betrifft, erwähnt werden, daß man diese einfache Fassung gewählt hat, weil, wenn schärfer hervorgehoben worden wäre, daß die Bedingung zum alleinigen Vortheile des deren Erfüllung Hindernden oder lediglich zu dessen Vortheile gereichen müsse, leicht das Mißverständniß hätte veranlaßt werden können, daß dabei auf die Ausschließlichkeit etwas ankomme.

Die hier aufgeführten Fälle der fingirten Erfüllung der Bedingung bei Rechtsgeschäften unter Lebenden sind schon gemeinrechtlich.[2] Ueber die Fälle der fingirten Erfüllung der Bedingung bei letzten Willen sind zu vergleichen die §§ 2142. 2146 des B. G.-B., auf welche zur Zeit hier blos im Allgemeinen verwiesen werden mag.

---

§ 112. Soweit nicht nach der Absicht der Urheber des Rechtsgeschäfts etwas Anderes anzunehmen ist, hat die Erfüllung einer aufschiebenden Bedingung die Wirkung, daß das Rechtsgeschäft von Zeit der Erfüllung an zur Vollendung gelangt, die einer auflösenden Bedingung, daß das Rechtsgeschäft für die Zukunft aufgehoben wird.

Motive. Durch den Satz: „soweit nicht nach der Absicht der Urheber des Rechtsgeschäfts etwas Anderes anzunehmen ist" hat ausgesprochen werden sollen, daß bei Beurtheilung der Wirkungen der eintretenden Bedingung auch auf die abweichende Willensmeinung der Interessenten Rücksicht zu nehmen sei, wenn eine solche entweder von diesen erklärt worden, oder sonst aus den Umständen

---

1. Man vergl. Annalen N. F. Bd. 3, S. 312.

2. l. 5 § 5 D. quando dies legat. l. 11 D. de cond. inst. l. 34 § 4 D. de leg. II. l. 13 pr. D. de annuis. l. 14. l. 24. l. 78 pr. D. de cond. et demonst. l. 161 D. de reg. jur. l. 50 D. de contrah. emt. l. 85 § 5 D. de V. O. l. 3 § 9 D. de cond. c. dat.

zu folgern sei. Doch versteht sich, daß dieß immer eines besonderen Nachweises bedürfen wird, der Richter also nicht etwa berechtigt ist, seine eigenen subjectiven Ansichten über die Wirkungen der Bedingungen auch dann geltend zu machen, wenn es in dem concreten Falle an einer besonderen, ausdrücklich ausgesprochenen oder aus den Umständen erkennbaren Absicht der Interessenten fehlt und weiter nichts als das Uebereinkommen über die Bedingungen vorliegt.

Durch die auf die Resolutivbedingung bezügliche Vorschrift: „die Erfüllung derselben habe die Wirkung, daß das Rechtsgeschäft für die Zukunft aufgehoben werde“ ist zugleich die Frage, ob eine resolutio negotii ex tunc oder ex nunc eintrete, in Uebereinstimmung mit der von der Suspensivbedingung gefaßten Ansicht, dahin entschieden, daß das Geschäft als **ex nunc** aufgelöst anzusehen sei. Hiernach bedurfte es auch keiner besonderen Bestimmung über den Fall, wenn bei Geschäften, welche ein dauerndes Verhältniß zwischen den Interessenten begründen, z. B. bei Pacht oder Miethe, blos die Dauer desselben vom Eintritte einer Bedingung abhängig gemacht ist, weil nach dem, was über die Wirkungen der eingetretenen Resolutivbedingung bestimmt ist, es keinem Zweifel unterliegen kann, daß in dem vorausgesetzten Falle das Geschäft bis zum Eintritte der Bedingung besteht und erst von und mit dem Zeitpunkte des Eintrittes der letzteren sich auflöst.

Dieser § bedarf um so mehr der Rechtfertigung, als er eine Bestimmung enthält, welche allerdings von dem gemeinen Recht, wenigstens wie es gewöhnlich dargestellt wird, abweicht, wenn schon nicht in dem Umfange, wie es auf den ersten Augenblick scheint und von Denjenigen, welche sich über diesen § ausgesprochen haben, geglaubt worden ist.

Soviel zunächst die aufschiebende Bedingung betrifft, so wird zwar gewöhnlich behauptet, daß die Wirkung der Erfüllung derselben auch rückwärts bis auf die Zeit der Eingehung des Rechtsgeschäfts bezogen werde. Man beruft sich zum Beweise dieser Behauptung auf eine Reihe von Gesetzen, in welchen sich einzelne Anwendungen der sog. retrotractiven Wirkung der aufschiebenden Bedingung finden sollen[1]. Allein in der Allgemeinheit, in welcher die Regel mitunter aufgestellt wird, findet sich dieselbe in den Quellen nicht ausgesprochen. Von jeher ist daher das Streben der Theorie dahin gegangen, die Grenze zu bestimmen, innerhalb deren die angegebene Regel gelte und über die hinaus von derselben keine Anwendung zu machen sei. Wie dieß aber so häufig der Fall ist, so hat man aus den Aussprüchen der römischen Juristen über die Bedingungen Sätze abgeleitet, welche sich bei einer näheren Prüfung als völlig unpraktisch ergeben. Der Fehler liegt aber nicht in dem römischen Rechte, welches in der Lehre der Bedingungen auf ganz richtiger Basis beruht, sondern in der Auffassung des römischen Rechts, als einer ungeordneten Masse positiver, der logischen Consequenz entbehrender Sätze. Indessen kann die Frage, welche Ansicht die römischen Juristen über die erfüllte aufschiebende Bedingung gehabt haben, auf sich beruhen, da es sich hier de lege ferenda handelt und es von dem Standpunkte der Gesetzgebung aus kein Bedenken haben könnte, einen gemeinrechtlichen Grundsatz aufzugeben, wenn für denselben, wie dieß bei der angeblichen retrotractiven Kraft der Bedingung der Fall ist, weder Gründe der Nothwendigkeit, noch Rücksichten der Zweckmäßigkeit, sprächen.

Man ist darüber einverstanden, daß die rechtlichen Folgen, welche sich bei einem suspensiv bedingten Rechtsgeschäft an die Erfüllung der Bedingung knüpfen, in Er-

---

1. z. B. l. 8 pr. D. de peric. et commod. l. 9 §§ 1. 2 l. 111 pr. §§ 1. 2 D. qui potiores in pign. l. 138 pr. l. 198 D. de reg. jur. l. 54 D. de adq. vel. omit. hered. l. 105 D. de cond. et dem. l. 11 § 1 D. quemadm. servit. l. 2 Cod. de leg.

mangelung einer Vereinbarung, nach der muthmaßlichen Absicht der Contrahenten zu bestimmen sind. An sich läßt sich nun allerdings denken, daß die Intention der Parteien beim Abschluß eines bedingten Rechtsgeschäfts dahin gegangen sein könne, es solle das von ihnen beabsichtigte Rechtsverhältniß sofort als bestehend betrachtet werden und das zur Bedingung gemachte Ereigniß nur über die Möglichkeit der Geltendmachung der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten entscheiden. Aber das bedingte Rechtsgeschäft läßt auch die Auffassung zu, es solle zwar der gegenseitige Wille der Contrahenten gebunden sein, das vereinbarte Rechtsverhältniß aber erst dann entstehen oder wirksam werden, wenn die Bedingung in Erfüllung gehe. Um eine gesetzliche Vermuthung für die eine oder andere Auslegung einer Willenserklärung aufzustellen, ist darauf zu sehen, welche von den verschiedenen möglichen Auslegungen der Absicht der Contrahenten am meisten entspricht, mit welcher man diese am häufigsten treffen kann. In dieser Beziehung nun will es den Anschein gewinnen, als ob die angegebene zweite Auffassung, wonach das bedingte Rechtsgeschäft erst mit dem Zeitpunkte, zu welchem die Bedingung erfüllt wird, in ein unbedingtes übergeht, mehr für sich habe, als die erste. Allerdings werden auch nach dieser Auffassung Rechtsgestaltungen sich ergeben, welche für den ersten Augenblick die Retrotraction der erfüllten Bedingung auf die Zeit des Geschäftsabschlusses zu beweisen scheinen. So werden die Fragen, nach welchen Gesetzen das Geschäft bei einem Wechsel der Gesetzgebung zu beurtheilen, an welchem Orte das Geschäft geschlossen sei, ob die Contrahenten handlungsfähig gewesen seien, in wie weit bei Veräußerungen gegen ein Entgelt die actio redhibitoria und quanti minoris wegen Wissenschaft des Erwerbers um die Fehler ausgeschlossen sei, wegen welcher juristischer Fehler Eviction prästirt werden müsse, ob und in wie weit von dem Schuldner gegen die von ihm übernommene Verbindlichkeit gehandelt worden sei, mit Rücksicht auf die Zeit, zu welcher das Rechtsgeschäft geschlossen worden ist, zu beurtheilen sein. Ja es wird auch auf diesen Zeitpunkt zurückzugehen sein, wenn es sich um den Altersvorzug zwischen einem bedingten und unbedingten Rechtsgeschäft handelt. Aber diese sämmtlichen Erscheinungen erklären sich daraus, daß die Contrahenten sofort mit dem Abschluß des bedingten Rechtsgeschäfts verpflichtet werden; von einem Retrotrahiren der Wirkungen einer erfüllten Bedingung kann daher bei denselben keine Rede sein. Dagegen kommt es in Beziehung auf die Fragen, ob actio nata sei, ob der Gegenstand des Rechtsgeschäfts außer Verkehr stehe oder nicht, ob er existire oder nicht, welche Beschaffenheit er habe, auf den Zeitpunkt der Erfüllung der Bedingung an.

Soviel weiter die auflösende Bedingung betrifft, so geht die gewöhnliche Ansicht der Lehrer des gemeinen Rechts dahin, daß durch die Erfüllung der Bedingung alles aus dem Rechtsgeschäft Entstandene gänzlich vernichtet werde[1]. Nur soll nach der gegenwärtig herrschenden Meinung dem auf die Rückwirkung gerichteten Willen blos eine obligatorische Wirkung zukommen, dergestalt, daß zwar auch nach der Erfüllung der auflösenden Bedingung der Zustand der Zwischenzeit an und für sich fortdauert, der bedingt Verpflichtete aber verbunden ist, den andern Theil in dieselbe Lage zu versetzen, in welcher sich dieser befinden würde, wenn das Rechtsgeschäft nie geschlossen worden wäre. Von alle dem kann aber keine Rede sein. Im Allgemeinen nämlich gilt von der auflösenden Bedingung das über die aufschiebende Gesagte, nur mit dem Unterschiede, daß durch die Erfüllung der ersteren ein unbedingtes Rechtsgeschäft aufgehoben wird, durch die Erfüllung der letzteren aber ein bedingtes Rechtsgeschäft vollendet wird, zu Stande kommt, oder zur unbedingten Wirksamkeit gelangt. Wie der Erfüllung der aufschiebenden Bedingung keine

1. Dieß soll folgen aus l. 3 D. de contrahenda emt. vend. l. 1 D. de lege commis. l. 29 D. de m. c. donat. l. 2 D. de in diem addict.

rückwirkende Kraft zukommt, so muß dieß auch bei der auflösenden Bedingung der Fall sein. Indessen wird die Fassung der auflösenden Bedingung wenigstens in der Regel irgend einen Anhaltpunkt für die Ermittelung der muthmaßlichen Absicht der Contrahenten gewähren. Ist nämlich diese Bedingung so gefaßt, daß das Rechtsgeschäft sich auflösen soll, wenn das zur Bedingung gemachte Ereigniß eintritt, so liegt es in der muthmaßlichen Absicht der Contrahenten, daß das Rechtsgeschäft erst mit der Erfüllung der Bedingung aufgehoben sein soll. Ist dagegen die auflösende Bedingung so gefaßt, daß es bei deren Eintritt so angesehen werden soll, als ob ein Rechtsgeschäft gar nicht geschlossen wäre, z. B. rem inemtam esse, so ist als präsumtiv anzunehmen, daß die Contrahenten die Aufhebung des Rechtsgeschäfts in praeteritum, also Rückwirkung der Bedingung, gewollt haben.

Zwar haben der Code Napoléon § 1179 und alle auf diesem beruhenden Gesetzbücher der erfüllten Bedingung, der aufschiebenden sowohl, als der auflösenden, ausdrücklich retrotractive Kraft beigelegt. Allein die Gesetzbücher Oesterreichs und Preußens haben das gegentheilige Princip angenommen. So bestimmt das Oesterr. B. G.-B. § 1083: „die Wirklichkeit des Vertrags bleibt bis zum Eintritt der Bedingung aufgeschoben“ und das Preuß. allg. Landrecht Th. 1. Tit. 4. § 115: „der unter einer auflösenden Bedingung Berechtigte verliert sein Recht mit dem Augenblick, wo die Bedingung zur Wirklichkeit gelangt“, was von der Praxis auch auf die aufschiebende Bedingung bezogen zu werden pflegt[1].

Uebrigens wird durch das im vorstehenden § des B. G.-B. aufgestellte Princip, welches überhaupt blos gilt, soweit nicht von den Interessenten ausdrücklich oder stillschweigend etwas Anderes bestimmt worden ist, an dem bisherigen Rechte nicht viel geändert. Denn abgesehen selbst davon, daß die Praxis bei deren Beurtheilung schon bisher auf die nunmehr durch das B. G.-B. gesetzlich sanctionirten Sätze über die Bedingungen durch einen richtigen Tact geführt worden ist, so weichen die Folgesätze des Princips des § 112 des B. G.-B. von dem gemeinen Recht, wie es in den zahllosen Compendien dargestellt wird, keineswegs so wesentlich ab, als man geglaubt hat.

Betrachtet man zuerst das unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossene Rechtsgeschäft unter Lebenden in seinen verschiedenen Stadien, nämlich a) in dem Stadium der Unentschiedenheit während des Schwebens der Bedingung, b) in dem Stadium der Gewißheit, wenn entweder aa) die Bedingung erfüllt worden ist oder bb) feststeht, daß die Bedingung nicht eingetreten ist, so enthält das B. G.-B. darüber nachstehende, zum größten Theile mit dem gemeinen Rechte übereinstimmende Vorschriften, ohne mit dem Principe über die Unzulässigkeit der Retrotraction der Bedingung in irgend einem Punkte in Widerspruch zu kommen.

Zu a) Die Vertragschließenden sind durch das bedingte Rechtsgeschäft rechtlich verbunden und es darf kein Theil Handlungen vornehmen, welche mit dem von der Bedingung abhängig gemachten Rechtsverhältnisse in Widerspruch stehen oder dieses unmöglich machen, beeinträchtigen oder schmälern (§ 871 des B. G.-B.). Der bedingt Berechtigte kann, unter den sonstigen Voraussetzungen, Maßregeln zur Sicherstellung seiner bedingten Rechte ergreifen (§ 871 des B. G.-B.). Bedingte Forderungen können cedirt werden (964 des B. G.-B.), eine Bestellung eines Pfandrechts wegen derselben ist statthaft (§ 370 des B. G.-B.). Bedingte Forderungen und Verbindlichkeiten gehen nach dem Tode der Contrahenten auf deren Erben über (§ 889 des B. G.-B.). Eine Bedingung, welche in der Handlung eines Vertragschließenden besteht, kann, wenn sie nicht an dessen Person gebunden ist, von dessen Erben erfüllt werden (§ 890 des B. G.-B.).

---

1. Koch, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts Bd. 1 § 119.

Ist eine Sache unter einer aufschiebenden Bedingung veräußert worden, so trägt der Veräußerer während des Schwebens der Bedingung den zufälligen Untergang der Sache; die zufällige Verschlechterung dagegen trägt in der Regel der Erwerber (§ 873 des B. G.-B.).

Zu b. aa) Mit der Erfüllung der aufschiebenden Bedingung kommt das Rechtsgeschäft zur Vollendung (§ 112 in Verbindung mit § 872 des B. G.-B.). Ist eine Sache unter einer aufschiebenden Bedingung veräußert worden, so verbleiben die pendente conditione gezogenen Früchte dem Veräußerer, ausgenommen wenn er die Sache während dieser Zeit dem künftigen Erwerber übergeben hat, welchenfalls die Früchte, von der Zeit der Uebergabe an, dem Letzteren gebühren (§ 874 des B. G.-B.). Soviel die von dem Veräußerer während des Schwebens der Bedingung getroffenen Verfügungen über die Sache betrifft, so sind dieselben nichtig, wenn es sich um ein Grundstück handelt und der künftige Erwerber zur Sicherung seiner Rechte Verwahrung eingelegt hat und diese in das Grundbuch eingetragen worden ist (§§ 143. 224 des B. G.-B.). Ist es eine bewegliche Sache, oder ist bei einem Grundstücke eine Verwahrung nicht eingelegt worden, so haftet der Veräußerer wegen der pendente conditione getroffenen Verfügungen dem Erwerber nach dem § 871 des B. G.-B. blos obligatorisch; doch wird, unter den sonstigen Voraussetzungen, die Vorschrift des § 764 anwendbar sein. Soviel die von dem künftigen Erwerber während des Schwebens der Bedingung getroffenen Verfügungen über die Sache angeht, so convalesciren dieselben, wenn die Bedingung eintritt (§§ 254. 469. 470. 566. 570 des B. G.-B.).

Zu b. bb) Im Falle der Deficienz der aufschiebenden Bedingung gilt das Rechtsgeschäft für nicht geschlossen (§ 872 des B. G.-B.). Ist eine Sache sub conditione suspensiva veräußert und dieselbe dem eventuellen Erwerber vorläufig übergeben worden, so hat dieser dieselbe nebst den in der Zwischenzeit gezogenen Früchten dem Veräußerer zurückzugeben (§ 872 des B. G.-B.). Zu diesem Zwecke steht dem Veräußerer wider den Erwerber eine Condiction zu (§§ 1547. 1548 des B. G.-B.); es hat die Deficienz der Bedingung nur obligatorische Wirkungen, soweit nicht aus dem für die Grundstücke geltenden Ingrossationssystem sich etwas Anderes ergiebt.

Soviel die auflösende Bedingung anlangt, so gestaltet sich das Rechtsverhältniß bei derselben in den oben angegebenen drei Stadien folgendermaßen:

Zu a) Handelt es sich um ein Grundstück und ist wegen der auflösenden Bedingung in dem Grundbuche ein entsprechender Eintrag geschehen, so können von dem Eigenthümer Dritten keine Rechte an dem Grundstück bestellt werden (§§ 224. 399. 573. 644 des B. G.-B.). In Beziehung auf bewegliche Sachen finden die Vorschriften §§ 223. 794 des B. G.-B. Anwendung. Den Zufall trägt Derjenige, welcher sub conditione resolutiva zur Herausgabe der Sache verpflichtet ist (§§ 126. 291. 875.).

Zu b. aa) Wird die auflösende Bedingung erfüllt, so wird das Rechtsgeschäft ex nunc aufgehoben; beide Contrahenten haben sich dann Alles zurückzugeben, was sie vermöge des Rechtsgeschäfts von einander erhalten haben; die Früchte der Zwischenzeit verbleiben Demjenigen, welcher sie pendente conditione resolutiva gezogen hat; hat ein Theil in der Zwischenzeit Rechte an der Sache bestellt, so bestehen diese fort, der Besteller ist jedoch dem andern Theil gegenüber verpflichtet, diese Rechte zu beseitigen oder, wenn dieß nicht möglich ist, Schadenersatz zu leisten (§§ 291. 875. 912. 914 des B. G.-B.). Dieß gilt jedoch nur von der einfachen auflösenden Bedingung. Bei dem Reuvertrage, der addictio in diem und der lex commissoria wird der Vertrag als nicht geschlossen angesehen, und es werden alle daraus entstandenen Wirkungen gänzlich vernichtet; aber in allen Fällen blos mit obligatorischer Kraft (§§ 1109. 1115. 1436.)[1].

1. Man vergl. übrigens Siebenhaar, a. a. O.

Zu b. bb) Daß, wenn die auflösende Bedingung deficirt, das Rechtsgeschäft unverändert fortdauert, ist selbstverständlich.

In Beziehung auf die einem letzten Willen beigefügten aufschiebenden Bedingungen hat das B. G.-B. an dem gemeinen Rechte etwas nicht geändert (§§ 2013. 2122. 2123. 2506.).

---

§ 113. Ist ein Rechtsgeschäft bedingungsweise von Ereignissen, deren Eintritt unmöglich oder nothwendig ist, oder in die Vergangenheit oder Gegenwart fällt, oder von Umständen abhängig gemacht, welche sich nach der Natur des Rechtsgeschäfts oder nach der Beschaffenheit seines Gegenstandes von selbst verstehen, so ist der Einfluß solcher Nebenbestimmungen nach der Absicht der Urheber des Rechtsgeschäfts und nach den bei den einzelnen Arten der Rechtsgeschäfte gegebenen besonderen Vorschriften zu beurtheileu.

Motive. In diesem § ist über die sogenannten uneigentlichen Bedingungen (die nothwendigen, die unmöglichen, die stillschweigenden, die auf die Gegenwart oder Vergangenheit gestellten, die perplexen) das für den allgemeinen Theil Nöthige enthalten.

Speciellere Vorschriften über die sog. uneigentlichen Bedingungen enthalten die §§ 881—888, ingleichen die §§ 2119. 2120. 2125—2133 des B. G.-B. Durch besondere Vereinbarungen können jedoch Ausnahmen davon gemacht werden.

Soviel namentlich die conditiones in praesens oder in praeteritum collatae anlangt, so haben dieselben mit den eigentlichen Bedingungen das Merkmal gemein, daß sie eine Beschränkung der Willenserklärung enthalten, diese also nicht im Allgemeinen, sondern blos für den in der Bedingung ausgedrückten Fall gegeben ist.

Die hauptsächlichsten Fälle, in welchen sog. stillschweigende Bedingungen verborgen liegen, sind das Versprechen einer künftigen Sache, z. B. der Früchte, welche auf einem Grundstücke wachsen werden, das Versprechen einer dos, die Bürgschaft, indem im ersten Falle die Bedingung, daß Früchte wachsen werden, im zweiten Falle die Bedingung, daß die Ehe geschlossen wird, und im dritten Falle die Bedingung, daß der Hauptschuldner nicht zahlt, verborgen ist. Auch läßt sich denken, daß aus der Bezeichnung der Sache eine Bedingung folgen kann, z. B. wenn Jemand eine Sache verspricht, welche er zu einem bestimmten künftigen Zeitpunkte eigenthümlich besitzen werde. Die sog. stillschweigenden Bedingungen sind ganz so zu beurtheilen, wie die ausdrücklichen. So würde z. B., wenn die Früchte eines Grundstücks versprochen worden wären, der Schuldner, so lange die Früchte noch nicht geerntet worden sind (fructus pendentes), sich durch das Anerbieten des Schätzungswerthes derselben nicht ohne Einwilligung des Gläubigers liberiren können und umgekehrt würde der Schuldner, wenn er den Schätzungswerth der Früchte mit Einwilligung des Gläubigers gezahlt hätte, Dasjenige zurückfordern können, was er während des Schwebens der Bedingung gegeben hätte.

---

§ 114. Ist einem Rechtsgeschäfte eine Zeit beigefügt, von welcher es ungewiß ist, ob sie kommen werde, so wird dieselbe als Bedingung angesehen.

Motive. Dieser und der folgende § enthalten die allgemeinen Begriffe über die Zeit, als Nebenbestimmung der Rechtsgeschäfte. Das Nähere darüber

findet sich bei den betreffenden einzelnen Lehren, z. B. §§ 730—739. 912. 2183. 2184 des Entwurfs (§§ 711—720. 887. 2149. 2150 des B.G.=B.). Ueber die hier in Frage stehenden Bestimmungen sind nur wenige Worte beizufügen.

1) Bei dem dies kann eine Ungewißheit entweder so vorkommen, daß es ungewiß ist, ob derselbe irgend einmal eintreten werde, z. B. ein bestimmtes Lebensjahr eines Menschen, oder auch so, daß es zwar gewiß ist, er werde irgend einmal eintreten, aber ungewiß bleibt, wann dieß der Fall sein werde, z. B. der Tod eines Menschen. In dem ersteren Falle ist blos der Form nach ein dies, der Sache nach aber eine conditio vorhanden. In dem letzteren Falle dagegen finden auf den dies incertus quando die Vorschriften über den dies, jedoch mit einigen im speciellen Theile angegebenen Modificationen, Anwendung. Auf den ersteren Fall bezieht sich der § 117 des Entwurfs (§ 114 des B. G.=B.), auf den letzteren der § 118 des Entwurfs (§ 115 des B. G.=B.).

2) Der Fall, wenn Jemand eine dauernde Leistung bis zu dem Zeitpunkte, wo ein Dritter ein gewisses Alter erreicht haben würde, versprochen hat, der Dritte aber diesen Zeitpunkt nicht erlebt, ist in § 668 des Entwurfs (§ 652 des B. G.=B.) berücksichtigt.

3) Auf die Wirkung des dies ad quem bezieht sich die Vorschrift in § 140 des Entwurfs (§ 132 des B. G.=B.).

Ein sog. dies incertus kann selbstverständlich einem Rechtsgeschäft sowohl als Anfangstermin, wie auch als Endtermin beigefügt sein. Im ersteren Falle ist er als aufschiebende, im letzteren Falle als auflösende Bedingung zu betrachten. Von einer retroactiven Kraft des dies incertus kann keine Rede sein.

So viel den dies certus aber incertus quando betrifft, so kann derselbe, sofern sich nicht eine andere Absicht der Interessenten nachweisen läßt, die Natur einer Bedingung annehmen, wenn durch die Ungewißheit, wann er eintreten werde, auch für den Eintritt des dies selbst eine Ungewißheit herbeigeführt wird, z. B. wenn ein Rechtsgeschäft davon abhängig gemacht worden ist, daß ein Contrahent oder ein Dritter das Ereigniß, dessen Eintritt gewiß ist, erlebt, oder daß das Ereigniß zu oder bis zu einer bestimmten Zeit eintritt. Eine Anwendung dieses selbstverständlichen Satzes enthält der § 887 des B. G.=B.

---

§ 115. Wird einem Rechtsgeschäfte eine Zeit beigefügt, deren Eintritt gewiß ist, so gilt das Rechtsgeschäft als unbedingtes.

Ein bestimmter künftiger Zeitpunkt oder ein künftiges Ereigniß, dessen Eintritt gewiß ist, kann als Anfangs= oder Endtermin beigefügt sein. In ersterem Falle ist das vereinbarte Rechtsverhältniß sofort mit Schließung des Rechtsgeschäfts begründet, jedoch die Geltendmachung desselben auf den Anfangstermin hinausgeschoben[1]. In dem letzteren Falle[2] erlöscht das Rechtsverhältniß mit dem Endtermine für die Zukunft[3]. Uebrigens

1. Ueber die condictio indebiti bei blos vorzeitiger Leistung ist § 1521 des B. G.=B. zu vergleichen.

2. Wegen des Eigenthums an Grundstücken ist jedoch § 291 des B. G.=B. zu vergleichen.

3. Man vergl. §§ 132. 593. 652 des B. G.=B. Die Frage, wie die Beweislast beim dies zu vertheilen sei, wird eben so, wie bei der conditio zu beantworten sein. S. oben S. 147. — Man vergleiche Pöschmann, a. a. O. § 23 folg. S. 325 folg. — Uebrigens bedarf es wohl nicht erst der Bemerkung, daß, wenn die Zeit Bestandtheil des Rechtsgeschäfts ist, z. B. bei dem

bedarf es wohl nicht erst der Bemerkung, daß einem Rechtsgeschäfte ein dies auch stillschweigend beigefügt sein kann, z. B. bei der locatio conductio operis, bei welcher sich von selbst versteht, daß dem Uebernehmer so viele Zeit gelassen werden muß, als zur Ausführung des opus, oder des bestimmten Theiles nöthig ist.

IV. Unerlaubte Handlungen.

§ 116. Wer durch Handlungen, seien es Begehungen oder Unterlassungen, die Rechte eines Anderen verletzt, ist, wenn ihm eine Verschuldung zur Last fällt, dafür einzustehen verbunden.

Motive. Soviel diesen § betrifft, so wird durch das Wort „verletzt" ausgedrückt, daß die Handlungen (Begehungen und Unterlassungen), welche nach der hier in Frage kommenden Richtung zum Schadenersatze verpflichten, den Charakter des „Unerlaubten" oder „Rechtswidrigen" an sich tragen müssen. Unter den hier erwähnten (unerlaubten) Handlungen sind sowohl die Delicte, als die sogenannte Aquilische culpa und die namentlich im Obligationsrechte wichtige culpa überhaupt zu verstehen. Der Ausdruck: „dafür einzustehen" ist hier gebraucht, weil es sich in diesem § blos um Feststellung eines allgemeinen Gesichtspunktes handelte und es dabei nöthig war, die Verantwortlichkeit des Urhebers der Handlung für die Folgen seiner Handlung durch ein etwas umfassenderes Wort zu bezeichnen; daß diese Verantwortlichkeit in der Verbindlichkeit zum Schadenersatze besteht, wird in den folgenden §§ bestimmt.

Zum bessern Verständniß der gesammten Lehre von den civilrechtlichen Folgen der unerlaubten Handlungen, wie sie das B. G.-B. theils hier, theils §§ 773—781, theils endlich §§ 1483—1518 behandelt, insbesondere zur nähern Bezeichnung des Verhältnisses der Vorschriften des B. G.-B. zu unserm bisherigen Rechte dürfte es zweckmäßig sein, einige allgemeine Vorbemerkungen vorauszuschicken.

Nach römischem Recht gab es zwei Classen von Klagen aus Delicten, nämlich erstens Klagen, durch welche blos eine Strafe gefordert werden konnte, z. B. die actio furti manifesti et nec manifesti, zweitens Klagen, durch welche der Verletzte zunächst Schadenersatz und neben diesem auch noch Etwas als Strafe fordern konnte. Die letztere Classe umfaßte wieder zwei Unterclassen, nämlich erstens die Klagen, durch welche statt des simplum das duplum, triplum oder quadruplum verlangt werden konnte, z. B. die actio doli, die actio quod metus causa, und zweitens die Klagen, durch welche ein Schadenersatz, mit Rücksicht auf den Werth, welchen die Sache innerhalb eines bestimmten Zeitraumes gehabt hatte, gefordert werden konnte, z. B. die actio ex lege Aquilia, die condictio furtiva[1], die actio rerum amotarum. Soviel namentlich die actio legis Aquiliae betrifft, so hatte sie wegen jeder Beschädigung fremder Sachen statt. Ihr Fundament war ein objectives. In subjectiver Hinsicht wurde nur vorausgesetzt, daß die Handlung, welche

---

Pacht oder Miethvertrage, den Contrahenten, welcher aus der Zeitbestimmung Rechte für sich ableitet, die Beweislast trifft, soweit nicht, wie bei den präsumtiven Kündigungsfristen, eine gesetzliche Bestimmung für denselben spricht.

1. Die condictio furtiva hat das Eigenthümliche, daß sie erstens wider die Regel auch dem Eigenthümer der gestohlenen Sache zusteht, und zweitens für sie der Grundsatz, fur semper in mora est, gilt.

den objectiven Schaden verursacht hat, dem Auctor des Schadens zur Verschuldung angerechnet werden konnte, nämlich, daß dieser nicht zu der Handlung berechtigt gewesen war und sich nicht in dem Zustande der Unfähigkeit der Selbstbestimmung befunden hatte. Die Aestimation des damnum injuria datum war in so fern geschärft, als sie im Falle der dolosen Infitiation auf das Doppelte ging, und in so fern, als in den Fällen des ersten Capitels der Lex Aquilia die Erstattung des Werthes, welchen das beschädigte Object innerhalb eines Jahres vor der Beschädigung gehabt hatte, und in den Fällen des dritten Capitels der Lex Aquilia die Erstattung des höchsten Werthes in den letzten dreißig Tagen gefordert werden konnte.

Diese Principien des römischen Rechts sind gegenwärtig nicht mehr, wenigstens nicht mehr unbedingt, anwendbar. Nach dem neuen Strafrechte sind nämlich an die Stelle der Privatstrafen öffentliche Strafen getreten. Weiter sind die Klagen aus Privatdelicten überhaupt außer Geltung gekommen, ohne daß an deren Stelle andere gesetzliche Bestimmungen über die Ersatzleistung für den durch dieselben verursachten Schaden gesetzt worden sind. Im Wesentlichen hat sich nun die Praxis dahin gebildet, daß ein Anspruch auf Ersatz des Schadens, wiewohl, wenigstens mit wenigen Ausnahmen, z. B. Schmerzengeld, Sachsenbuße, nur bis zur Höhe des wirklich erlittenen Schadens, auch civilrechtlich anerkannt wird. Namentlich haben aber die Bestimmungen der Lex Aquilia in so fern eine Modification erfahren, als dieselben eine wenigstens strafähnliche Natur haben. Zwar ist die Strafe des Doppelten wegen frivolen Leugnens noch in der erl. P. O. ad Tit. XVI. § 3 wiederholt. Allein die besonderen Vorschriften der Lex Aquilia über die Schätzung des Schadens sind von der Praxis, welche auch in dieser Beziehung die allgemeinen Grundsätze über Schadenersatz anzuwenden pflegt, außer Kraft gesetzt worden, oder um dieß deutlicher auszudrücken, es haben diese Vorschriften in der Praxis keinen Eingang gefunden. So ist es gekommen, daß die Harmonie der römischen Bestimmungen über den Ersatz des durch unerlaubte Handlungen (Delicte und Aquilische Culpa) verursachten Schadens gestört worden ist. Was die Praxis aus den noch übrigen Elementen des gemeinrechtlichen Systems geschaffen hat, kann, zumal bei dem nachtheiligen Einflusse, welchen die aus dem älteren deutschen Rechte, namentlich dem Sachsenspiegel, herüber gezogenen Begriffe über die sog. objective Culpa hatten[1], nicht als ein völlig abgeschlossenes, in sich zusammenhängendes Ganze betrachtet werden. Indessen dürften nachstehende allgemeine Sätze als unzweifelhaft in der Praxis gültig anzusehen sein:

A. Jede criminalrechtlich strafbare Handlung, ohne Unterschied, ob sie eine positive oder negative, eine dolose oder blos culpose ist, verpflichtet auch civilrechtlich zum Schadenersatz, wenn durch dieselbe Schaden verursacht worden ist. So ist z. B. der perjurus zum Schadenersatz verpflichtet, ohne Rücksicht darauf, ob nach den proceßrechtlichen Formen des Rechtsstreits, in dem falsch geschworen worden ist, die Ausführung der Wahrheit der abgeschworenen Thatsache noch statt hat, oder nicht.

B. Jede criminalrechtlich strafbare positive Handlung, z. B. Körperverletzung, Tödtung, Beschädigung fremden Eigenthums, Brandstiftung u. s. w. verpflichtet den Auctor zum Schadenersatz nach den Vorschriften der Lex Aquilia, soweit solche nach dem oben Gesagten noch praktische Geltung hat.

C. Die Lex Aquilia findet aber auch Anwendung, wenn durch widerrechtliche positive Handlungen Schaden verursacht worden ist, sollten auch die Handlungen überhaupt oder in dem gerade vorliegenden Falle criminalrechtlich nicht strafbar sein. So ist z. B.

---

1. Sachsenspiegel II. 65 § 1. Richtsteig Landrecht I. 37. Lex Salica tit. XXVIII. § 6. Tönsen, Privatrecht S. 227 folg. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte I. § 71 S. 424. II. § 378 S. 749. Hepp, Zurechnung § 14 S. 118. § 22 S. 168.

im Falle der Nothwehr Derjenige, welcher bei der Abwehr eines widerrechtlichen Angriffs Sachen des Angreifers beschädigt, weder criminell strafbar noch auch dem Angreifer wegen dieses Schadens civilrechtlich ersatzpflichtig, während er, wenn er bei seiner Abwehr Sachen eines bei dem Angriffe unbetheiligten Dritten beschädigt hat, vorausgesetzt, daß er sich nicht etwa in einem die Willensbestimmung gänzlich ausschließenden Gemüthszustande befunden hat, der criminellen Straflosigkeit ungeachtet, dem Dritten zum Schadenersatz verbunden ist. Ebenso kann der Zustand der sog. echten Noth nur gegen die strafrechtliche Verfolgung, nicht aber gegen die Verbindlichkeit zum Ersatz des verursachten Schadens schützen. Nur dann werden die Voraussetzungen der criminellen Straflosigkeit auch civilrechtlich von Wirkung sein, wenn der Handelnde im Kindesalter gestanden hat, oder des Vernunftgebrauchs beraubt gewesen ist, weil in diesem Falle die Handlung, durch welche der Schaden verursacht worden ist, nicht zur Culpa angerechnet werden kann.

Diese Sätze liegen dem B. G.-B. in der Lehre über die civilrechtlichen Folgen unerlaubter Handlungen in der Hauptsache zu Grunde und es ist in Betreff des Systems nur kürzlich darauf aufmerksam zu machen, daß hier von den civilrechtlichen Folgen der unerlaubten Handlungen überhaupt, also auch in so weit, als sie auf das Familienrecht oder das Erbrecht Einfluß haben, z. B. als Ehescheidungs- oder Enterbungsgründe, hiernächst in §§ 773—781 von den civilrechtlichen Folgen der unerlaubten Handlungen, als Entstehungsgründen der Forderungen, endlich in §§ 1483—1496 von der sog. Aquilischen Culpa und in §§ 1497—1518 von den übrigen Delictsklagen gehandelt wird. Auf den Schadenersatz beziehen sich die §§ 124. 125. 685—688[1].

Uebrigens wird es kaum der Bemerkung bedürfen, daß der Ausdruck „Verschuldung" in der gemeinrechtlichen Bedeutung gebraucht worden ist. Die Haftpflicht zum Ersatz des durch widerrechtliche Handlungen verursachten Schadens setzt eine Verschuldung des Handelnden voraus; sie tritt also nicht ein, wenn den Handelnden keine Verschuldung trifft, wie dieß z. B. der Fall ist, wenn er blos auf einen Befehl, welchem er gehorchen mußte, oder als bloßes Werkzeug eines Andern, namentlich in Folge physischen Zwanges gehandelt hat. Alles hängt hier von der Beurtheilung des concreten Falles ab, für welche die §§ 118. 119. 120. 776—779, 1483—1487 einige Anhaltepunkte geben[2].

---

§ 117. Durch Unterlassungen kann nur Derjenige eine Rechtsverletzung begehen, welcher einer Verbindlichkeit zum Handeln nicht nachkommt.

Der in diesem § aufgestellte Satz, welcher schon gemeinrechtlich ist, hat seinen Grund in der Natur der Sache und in dem Verhältnisse der Staatsbürger unter sich[3]. Wie es aber schon nach gemeinem Rechte Fälle geben kann, in welchen nach den obwaltenden besonderen Verhältnissen das Nichtthun dem Thun ganz gleichkommt[4], so berücksichtigt das B. G.-B. in § 1486 diese Fälle ebenfalls.

---

1. Von dem Uebergange der civilrechtlichen Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen auf die Erben des Thäters handelt der § 2282 des B. G.-B. Vorläufig ist darauf aufmerksam zu machen, daß diese letztere Bestimmung, welche von dem Röm. Recht abweicht, unbedenklich war, weil die Erben nach dem B. G.-B. §§ 2328 bis 2333 nicht ultra vires hereditatis haften.

2. Die Frage, in wie weit in diesen Fällen eine eigene Haftpflicht des Thäters eintrete, ist lediglich quaestio facti.

3. Hasse, die Culpa des römischen Rechts ed. II. § 3 S. 13 folg. Man vergl. auch l. 13 § 2 D. de ususfruct. et quemadmod.

4. l. 27 § 9 D. ad Leg. Aquil. l. 8 pr. D. eod. — Hasse a. a. O. § 6 S. 21 folg.

§ 118. Wer von seinem Rechte Gebrauch macht, oder mit Einwilligung des Verletzten handelt, begeht keine Rechtsverletzung.

Motive. Der gegenwärtige § wird durch den § 369 des Entwurfs (§ 358 des B. G.-B.) in Beziehung auf das Recht des Eigenthümers, sein Grundstück zu benutzen, modificirt.

Der vorstehende § enthält zwei Bestimmungen, welche schon gemeinrechtlich sind[1]. Die erste, welche gewöhnlich so ausgedrückt wird: qui jure suo utitur, nemini facit injuriam, bezieht sich auf alle Fälle, in welchen Jemand sein Recht innerhalb der Grenzen desselben (§ 1487 des B. G.-B.) gebraucht. Derselbe findet daher auch Anwendung in den Fällen der erlaubten Selbsthülfe (§§ 178. 181. 182. 183 des B. G.-B.), vorausgesetzt daß die dafür gezogene Grenze (§§ 185 des B. G.-B) nicht überschritten worden ist. Von der sog. echten Noth (Strafgesetzbuch Art. 92) ist bereits oben die Rede gewesen. Die zweite Bestimmung: volenti non fit injuria, setzt natürlich voraus, daß die Einwilligung in die Beschädigung eine gültige gewesen, also von einer handlungsfähigen Person, über ein ihrer Disposition unterworfenes Object, ernstlich gegeben worden ist. Die Anwendung dieses rücksichtlich der Verträge in § 780 des B. G.-B. wiederholten Satzes auf die Fälle, in welchen bei der Beschädigung, die sich der Beschädigte selbst zuzieht, ein Anderer mit thätig gewesen ist, findet sich in § 781 des B. G.-B.

Ueber den in den speciellen Motiven erwähnten § 358 des B. G.-B. wird zu diesem § das Nöthige zu sagen sein.

---

§ 119. Handlungsunfähigen Personen kann eine Verschuldung nicht zur Last gelegt werden.

Motive. Dieser § schließt sich an den § 83 des Entwurfs (§ 81 des B. G.-B.) an. Zu den Einflüssen, welche „einen die Willensfreiheit vorübergehend ausschließenden Zustand“ herbeiführen können, gehören unter andern physischer Zwang, (unächter) Irrthum und denkbarer Weise, unter besonderen Verhältnissen, auch die Furcht, insofern dadurch die Willensfreiheit aufgehoben wird. In wie weit Handlungsunfähige für damnum injuria datum haften, wird § 1517 des Entwurfs bestimmt.

Die Handlungsunfähigkeit ist nach dem § 81 zu bestimmen. Handlungsunfähig sind hiernach Diejenigen, welche im Kindesalter stehen, also das siebente Lebensjahr noch nicht erfüllt haben, ingleichen Diejenigen, welche wegen Geistesgebrechen oder wegen eines vorübergehenden Zustandes (körperlicher Krankheit, Ohnmacht, totaler Trunkenheit unter gewissen Voraussetzungen, selbst Jähzorn u. s. w.) des Vernunftgebrauchs beraubt sind.

Namentlich sind Personen, welche das siebente Lebensjahr erfüllt haben, für den Schaden, welchen sie durch unerlaubte Handlungen verursachten, an sich haftpflichtig, wenn die allgemeinen Voraussetzungen dieser Haftpflicht, unter diesen namentlich eine Verschuldung, vorhanden sind[2].

---

1. l. 151 D. de reg. jur. l. 55 D. eodem. l. 7 § 4 D. ad leg. Aquil.

2. Im Wesentlichen stimmt das B. G.-B. mit dem gemeinen Rechte überein. Denn auch nach diesem kommt es auf den einzelnen Fall an; es wird nur als Regel angesehen, daß ein im Kindesalter Stehender nicht zurechnungsfähig, ein pubertati proximus dagegen zurechnungsfähig ist. v. Savigny a. a. O. Bd. 3, S. 41 folg. — Man hat mitunter den Vorschlag gemacht,

§ 120. Hat sich Jemand durch eigene Verschuldung in einen vorübergehend den Vernunftgebrauch ausschließenden Zustand versetzt, so ist Das, was er in diesem Zustande gethan hat, als von ihm verschuldet anzusehen.

Motive. In diesem § hat man des Falles, wo ein Dritter den hier in Frage stehenden willenlosen Zustand des Handelnden herbeigeführt hat, nicht gedacht, weil sich dessen Entscheidung schon aus allgemeinen Principien ergiebt.

Im Wesentlichen kommt es in dem Falle des vorstehenden § immer auf eine Verschuldung des Auctors der unerlaubten Handlung hinaus, nur daß der Causalnexus zwischen der Verschuldung und der Beschädigung kein unmittelbarer ist[1]. Die Vorschrift beschränkt sich, wie ausdrücklich hervorzuheben ist, blos auf die Fälle, in welchen Jemand wegen eines vorübergehenden Zustandes, z. B. wegen Trunkenheit, des Vernunftgebrauchs beraubt ist, also nicht auf die Fälle des Wahnsinns; doch macht es keinen Unterschied, ob die Verschuldung auf dolus oder auf culpa beruht. Um den § an einem praktischen Beispiele zu erläutern, so würde Jemand, welcher durch übermäßigen Genuß von Spirituosen sich in den Zustand totaler Trunkenheit versetzt und in diesem Zustande Schaden angerichtet hätte, ersatzpflichtig sein. Dagegen würde ihn eine Ersatzpflicht nicht treffen, wenn er ein spirituosum nur mäßig genossen hätte und nur dadurch in den Zustand der totalen Trunkenheit versetzt worden wäre, daß das spirituosum verfälscht gewesen wäre, vorausgesetzt, daß er dieß nicht gewußt hätte.

In den Fällen, in welchen Dritte mitgewirkt haben, wird es stets quaestio facti sein, ob Derjenige, welcher in dem willenlosen Zustande Schaden angerichtet hat, solidarisch mit den Dritten haftet, oder die Haftpflicht blos letztere trifft[2].

---

§ 121. Die Verschuldung beruht auf Absicht, wenn die rechtsverletzende Handlung im Bewußtsein des Unrechtes vorgenommen wird, auf Fahrlässigkeit, wenn die Handlung ihren Grund in Leichtsinn, Unwissenheit oder Trägheit hat.

---

die sog. civile Imputation mit der criminellen gleichzustellen. Indessen hat dieser Vorschlag, da die civile und criminelle Beurtheilung einer Handlung weder überhaupt, noch in Beziehung auf die nach dem Alter des Urhebers zu bemessende Imputation insbesondere identificirt werden dürfen, auch, wenigstens nach Sächsischem Strafrechte (Strafgesetzbuch Art. 87. 89. 90.), die criminelle Imputation nicht von einem bestimmten Lebensjahre an beginnt, sondern nach verschiedenen Altersstufen eine mehr oder weniger vollständige ist, um so mehr Bedenken gegen sich, als durch dessen Annahme unser bisheriges Recht wesentlich umgestaltet und damit eine Quelle zu tief einschneidenden Zweifeln und Streitfragen eröffnet werden würde.

1. Eine analoge Vorschrift enthält auch das Strafgesetzbuch Art. 88.

2. Ueber verschiedene hiermit zusammenhängende Fragen, z. B. wie Mehrere, welche eine unerlaubte Handlung begangen haben, haften, wie die Gehülfen und Begünstiger zu beurtheilen sind, in wie weit bei der Solidarobligation, welche durch unerlaubte Handlungen entsteht, ein Regreß statt hat u. s. w., sind die §§ 777. 778. 1495 des B. G.-B. zu vergleichen. Auf die Frage, in wie weit die unterlassene Verhinderung einer von einem Andern begangenen unerlaubten Handlung zum Schadenersatz verpflichte, bezieht sich der § 779 des B. G.-B., zu welchem unter anderem auch darauf näher einzugehen sein wird, in welchen Verhältnissen eine solche Verpflichtung anzunehmen sei und ob der Thäter zugleich mit Demjenigen, welcher die Handlung nicht verhinderte, obschon er eine Verbindlichkeit hierzu hatte, solidarisch haftet.

Fahrlässigkeit ist nicht anzunehmen, wenn die Möglichkeit einer Rechtsverletzung so fern liegt, daß sie selbst von einem ordentlichen, aufmerksamen Hausvater nicht würde berücksichtigt worden sein.

Motive. Zu dem § 121 ist darauf aufmerksam zu machen, daß das Wort „Absicht" den dolus, und das Wort „Fahrlässigkeit" die culpa ausdrücken soll. Den Ausdruck: „Absicht" hat man zu Bezeichnung des dolus gewählt, weil man dadurch besser, als durch andere Ausdrücke, z. B. Arglist, böser Wille, Gefährde, darauf hinweisen zu können glaubte, daß es auf die Selbstbestimmung, auf die Absicht oder auf das Bewußtsein, eine Rechtsverletzung oder ein Unrecht zu begehen, ankommt. Im Falle eines dolus ist eine Haftpflicht für Schadenersatz überall und nothwendig vorhanden. Im Falle einer culpa ist darauf zu sehen, ob dieselbe zu vertreten ist. Die Grenze der Haftpflicht für die culpa wird in dem Schlußsatze angegeben, in welchem mit den Worten „ordentlicher, aufmerksamer Hausvater" das technische „diligens paterfamilias" hat wiedergegeben werden sollen.

Soviel den dolus betrifft, so macht es keinen Unterschied, ob, wenn mit dem Bewußtsein des Unrechts gehandelt wird, die Verletzung bezweckt wird und welches Motiv für die Handlung bestimmend gewesen ist. Denn der Grund der civilrechtlichen Haftpflicht aus dem dolus liegt lediglich in dem bewußten Handeln, nicht in der Willensrichtung, dadurch fremde Rechte zu verletzen. Ein factischer Irrthum, welcher das Erkennen der unerlaubten Natur der Handlung verhindert, schließt die Haftpflicht für die Handlung aus, nicht aber die Unkenntniß eines gesetzlichen Verbots der Handlung. So würde z. B. ein Jagdberechtigter den Schaden nicht zu ersetzen haben, welchen er durch sein Schießen verursacht hat, wenn er die bei der Ausübung der Jagd erforderliche Vorsicht angewendet hätte, dagegen würde ein Nichtjagdberechtigter, selbst wenn er noch so vorsichtig gehandelt hätte, jeden Schaden zu ersetzen haben.

---

§ 122. Geringe Fahrlässigkeit besteht in der Unterlassung der Sorgfalt, welche ein ordentlicher, aufmerksamer Hausvater anzuwenden pflegt, grobe Fahrlässigkeit in der Unterlassung der Sorgfalt, welche gewöhnlich auch ein minder ordentlicher und aufmerksamer Mensch beobachtet.

Motive. Nach diesem § giebt es zwei Grade der Fahrlässigkeit, die grobe und geringe. Den Maßstab für die Bemessung des culposen Willens giebt bei der geringen Fahrlässigkeit die Handlungsweise eines ordentlichen, aufmerksamen Hausvaters (bonus oder diligens paterfamilias), bei der groben Fahrlässigkeit dagegen die Handlungsweise eines ordentlichen, aufmerksamen Menschen (homo frugi et diligens oder idoneus). Man hat sich, wie in der Lehre von der Verschuldung überhaupt, so auch bei der Angabe des Maßes der erforderlichen Sorgfalt und Willenstüchtigkeit möglichst unserem bisherigen Rechte angeschlossen. Die allgemeinen Sätze über die Haftung für Verschuldung bei Obligationen sind §§ 747—749 des Entwurfs (§§ 728—730 des B. G.-B.) aufgestellt; in § 749 des Entwurfs (§ 730 des B. G.-B.) wird insbesondere auch von der sog. culpa in concreto gehandelt. Die sogenannte custodia hat man als eine besondere Art der Verschuldung um deßwillen nicht aufgeführt, weil dabei blos die Regeln über die Verschuldung mit Hinsicht auf die Verbindlichkeit zur Bewahrung und Erhaltung eines Gegenstandes gelten.

Als grobe Fahrlässigkeit gilt es namentlich auch, wenn Jemand in fremden Angelegenheiten nicht einmal so aufmerksam ist, wie in seinen eigenen Angelegenheiten. Da nämlich nach dem gegenwärtigen § grobe Fahrlässigkeit in der Unterlassung der Sorgfalt besteht, welche gewöhnlich auch ein minder ordentlicher und aufmerksamer Mensch beobachtet, so liegt darin erstens, daß, wie in der l. 213 § 2 D. de verb. signif. gesagt wird, die äußerste Grenze der groben Fahrlässigkeit die ist, „non intelligere id, quod omnes homines intelligunt", z. B. wenn auf offener Straße geschossen und dadurch Jemand verletzt oder getödtet wird, und zweitens, daß, wenn es sich darum handelt, ob eine bestimmte Person sich einer groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht habe, darauf zu sehen ist, ob diese Person in fremden Angelegenheiten denselben Fleiß angewendet habe, welchen sie in ihren eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (l. 32. D. depos.). Daß hierin nicht verschiedene Grade der culpa lata zu finden seien, wird nicht erst der Bemerkung bedürfen.

Soviel weiter die geringe Fahrlässigkeit betrifft, so wird die Frage, ob eine solche anzunehmen sei, verschieden zu beantworten sein, je nachdem die Fahrlässigkeit bei einer positiven Handlung oder bei einer bloßen Unterlassung vorgekommen sein soll. Hätte z. B. ein Vormund auf dem Grundstücke seines Mündels neue Anlagen gemacht, in der Absicht, das Grundstück zu verbessern, würde aber das Grundstück dadurch verschlechtert, so würde dieß als culpa zu betrachten sein, selbst wenn er dabei die diligentia quam in rebus suis angewendet hätte. Hätte dagegen ein Vormund die schadhaften Gebäude des Mündels nicht wieder herstellen, oder die Pferde des Mündels nicht curiren lassen, so würde er nicht schadenersatzpflichtig sein, wenn er in seinen eigenen Angelegenheiten eben so sorglos verführe. Daß es sich auch hier nicht um Grade der culpa levis handelt, sondern nur um die Bestimmung, ob in dem concreten Falle eine culpa levis anzunehmen sei, versteht sich von selbst.

Die sog. culpa in concreto ist zu prästiren in den Fällen der §§ 336. 1371. 1655. 1817. 1949.

---

§ 123. Die gesetzlich bestimmte Verantwortlichkeit für Rechtsverletzungen kann von den bei einem Rechtsgeschäfte Betheiligten durch Vertrag erhöht oder verringert werden. Auf Ansprüche aus einer künftigen absichtlichen Verschuldung kann nicht im Voraus verzichtet werden.

Motive. Diese Vorschrift wiederholt blos das, was vermöge der l. 1 § 7 D. deposit., l. 17 pr. D. commod., l. 27 §§ 3, 4 D. de pact., l. 23 D. de re jud. schon gegenwärtig gilt. In der Anwendung dieses § auf einen speciellen Fall, würden die rechtlichen Folgen des Erlasses der Rechnungsablegung im Zweifel dahin zu bestimmen sein, daß derselbe zwar von der Haftung für culpa bei der Geschäftsführung, nicht aber von der Verbindlichkeit zur Herausgabe Desjenigen, was der Geschäftsführer in den Händen hat und von der Haftung für absichtliche Verschuldung befreit.

In dem Schlußsatz des vorstehenden § ist die Ungültigkeit eines im Voraus erklärten Verzichts auf Ansprüche aus einer künftigen Verschuldung auf den dolus beschränkt; es kann daher auf Ansprüche aus einer künftigen groben Fahrlässigkeit gültig verzichtet werden; nur darf in diesem letzteren Falle nicht etwa im Vertrauen auf den Verzicht vorsätzlich mit grober Fahrlässigkeit verfahren worden sein, indem dieß in einen dolus übergehen würde. Auf Ansprüche aus einem bereits verübten dolus kann natürlich verzichtet werden. Ob ein allgemeiner Verzicht auf Ansprüche auch auf die ex dolo zustehenden zu beziehen sei, ist nach §§ 135. 1414 zu beurtheilen.

§ 124. Wer zum Schadenersatze verpflichtet ist, hat sowohl den Verlust, welcher in der Vermögensverminderung besteht, als auch den Gewinn zu ersetzen, welcher durch die verletzende Handlung entzogen worden ist.

Motive. In diesem und dem folgenden § wird nur im Allgemeinen des Unterschiedes zwischen damnum emergens und lucrum cessans gedacht. Das Nähere über den Schadenersatz enthalten §§ 80. 703 bis 706 des Entwurfs (§§ 78. 685 bis 688 des B.G.=B.). Neben dem Vermögen, dessen Verminderung beim Schadenersatze in Betracht kommt, sind „Gesundheit und Freiheit" nicht besonders aufgeführt, weil die Verletzung dieser Güter zwar nicht blos als ein Vermögensnachtheil aufzufassen ist, aber doch in so weit, als es sich um den dafür zu leistenden Schadenersatz handelt, als Vermögensverringerung in Betracht kommt. Uebrigens ist das damnum emergens, soweit es Folge der Rechtsverletzung ist, ohne Unterschied, ob diese Folge eine mittelbare oder unmittelbare ist, und das lucrum cessans, soweit Vortheil nach den Umständen des concreten Falles hätte gezogen werden können, zu ersetzen. Blos möglicher Gewinn kommt dagegen bei dem lucrum cessans nicht in Betracht und eine bloße Folge hiervon ist, daß, wie am Schlusse des nachstehenden § bemerkt wird, der vom entzogenen Gewinne möglicherweise zu ziehen gewesene Gewinn nicht zu ersetzen ist.

Ueber die in diesem und dem folgenden § gegebenen Begriffsbestimmungen des Schadens (damnum emergens) und des entzogenen Gewinns (lucrum cessans) ist, namentlich mit Rücksicht auf das damnum injuria datum, Nachstehendes zu bemerken. Soviel zunächst das damnum emergens betrifft, so ist darunter

1) die Vermögensverminderung zu verstehen, welche in der Vernichtung oder Verschlechterung der zum Vermögen eines Anderen gehörigen Sachen liegt.
2) Die Vermögensverminderung, welche dadurch erfolgt, daß die Sachen gestohlen, geraubt, gewaltsam weggenommen oder durch Betrug abgeschwindelt werden, fällt nicht unter den Begriff des (objectiven) Schadens, sondern ist nach den für diese Delicte geltenden besonderen Vorschriften zu beurtheilen.
3) Für den Begriff des damnum emergens ist es gleich, ob die Sache selbst vernichtet, verbrannt, zerbrochen, zerrissen wird, der Schaden also eine unmittelbare Folge der rechtswidrigen Handlung ist, oder ob die Sache zwar unbeschädigt bleibt, jedoch dem Eigenthümer verloren geht, z. B. wenn ein gefesseltes Thier von den Fesseln befreit wird und dem Eigenthümer entflieht, oder ein goldener Ring dem Eigenthümer aus der Hand geschlagen wird und ins Meer fällt.

Soviel weiter das lucrum cessans betrifft, so ist

1) darunter nur der Gewinn zu verstehen, welchen die vernichtete oder verschlechterte Sache selbst bringen konnte.
2) Nach dem § 125 soll nur der Gewinn in Betracht kommen, welcher
   a) nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge, z. B. wenn die Saat vor ihrer Reife abgemäht wird, oder
   b) nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, z. B. wenn gelesene Weintrauben gepreßt und in der Gährung begriffen sind, oder
   c) sonst nach den Umständen, z. B. wenn auf einem Jahrmarkte Waaren zum Verkaufe ausgelegt sind,

erwartet werden konnte, also in dem Falle

zu a) die Ernte, in dem Falle
zu b) der Wein, und in dem Falle
zu c) der Gewinn des Marktpreises.

3) Der Schlußsatz des § 125 hat nur den Zweck, eine zu weite Ausdehnung des Begriffs des lucrum cessans auszuschließen.

4) Das lucrum cessans differirt namentlich wesentlich von der mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des concreten Falles zu bewirkenden Aestimation.

---

§ 125. Nur der Schaden wird ersetzt, welcher eine unmittelbare oder mittelbare Folge der rechtsverletzenden Handlung ist; bei dem entzogenen Gewinne kommt nur der Gewinn in Betracht, welcher nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen oder sonst nach den Umständen erwartet werden konnte. Der vom entzogenen Gewinne zu ziehen gewesene Gewinn wird nicht ersetzt.

Die Erklärung dieses § ist bereits zu dem vorigen §, mit dem er zusammenhängt, gegeben.

---

§ 126. Als zufällig sind Verletzungen anzusehen, welche Dem, dessen Verpflichtung in Frage kommt, nicht zugerechnet werden können. Den Zufall trägt Derjenige, welcher dadurch betroffen wird, wenn nicht ein Anderer dafür einzustehen versprochen oder den Zufall verschuldet hat.

Motive. Wie der in diesem § aufgestellte Satz sich im Obligationenrechte gestaltet, ist §§ 891—895 des Entwurfs (§§ 866—870 des B. G.-B.) angegeben.

Diese Bestimmung, nach welcher das Gebiet des Zufalls beginnt, wo das Gebiet der Verschuldung aufhört, gilt schon nach gemeinem Rechte. Als zufällig ist also auch der Schaden zu betrachten, welchen handlungsunfähige Personen, z. B. im Kindesalter Stehende, Wahnsinnige u. s. w. verursachen (§ 119 des B. G.-B.). In wie weit Diejenigen, welche in Beaufsichtigung dieser Personen etwas versehen haben, zur Leistung des entstandenen Schadens verpflichtet sind, ist nach § 779 zu beurtheilen. (Man vergl. Annalen N. F. Bd. 4, S. 290 not. 2.)

Fünfte Abtheilung.

Von den Rechten.

§ 127. Zur Ausübung eines Rechtes kann in der Regel Niemand gezwungen werden.

Nach dem Entwurfe zerfiel die Fünfte Abtheilung „Von den Rechten" in vier Abschnitte, I. Erwerbung der Rechte §§ 130—132, II. Ausübung der Rechte §§ 133—137, III. Uebertragbarkeit der Rechte §§ 138. 139, IV. Beendigung der Rechte §§ 140—143. Der Abschnitt unter I. enthielt nachstehende drei §§:

§ 130. Rechte sind mit dem Eintritte der Thatsachen, an welche die Gesetze ihre Entstehung knüpfen, erworben. Die Erwerbung geschieht entweder durch eine auf sie gerichtete Handlung oder geht ohne eine solche Handlung vor sich.

§ 131. Rechte, welche von einer Bedingung abhängig sind, werden mit dem Eintritte der Bedingung erworben.

§ 132. Rechte, welchen ein Zeitpunkt, dessen Eintritt gewiß ist, beigefügt worden, sind schon vorher erworben, ihre Ausübung ist aber auf jenen Zeitpunkt hinausgeschoben.

Bei der Schlußredaction überzeugte man sich, daß diese sämmtlichen §§ gestrichen werden müßten, der § 130, weil er einen selbstverständlichen doctrinären Satz enthalte, der § 131, weil er bereits durch den § 112 des B. G.-B. gedeckt sei, der § 132, weil er, und zwar noch dazu in einer nicht ganz befriedigenden Fassung, mit dem § 115 des B. G.-B. zusammenfalle, wie dieß zu dem zuletzt angegebenen § bereits bemerkt worden ist. Nach Wegfall des ganzen Abschnitts „Erwerbung der Rechte" schien es angemessen, die §§ der übrigen drei Abschnitte unter der allgemeinen Rubrik „Von den Rechten" zusammenzufassen.

Soviel den obenstehenden § 127 betrifft, so bemerken die dazu gegebenen speciellen Motive, außer der unzweifelhaft richtigen allgemeinen Bemerkung[1], daß es bedenklich sei, für die Ausübung eines Rechts ein Interesse als besonderes Erforderniß aufzuführen, noch Nachstehendes:

Motive. Vorstehender § umfaßt auch die qualitative Ausübung des Rechtes, indem derselbe dem Berechtigten überläßt, ob er sein Recht ausüben will oder nicht, sichert er diesem zugleich die Freiheit zu wählen, in wie weit er sein Recht gebrauchen will. Das Mißverständniß, als ob dieser § mit dem Begriffe der zweiseitigen Obligationsverhältnisse sich nicht vereinigen lasse, hat man, da ein Recht, welches nur im Vereine mit gewissen, an dessen Ausübung geknüpften Verpflichtungen in die äußere Erscheinung tritt, kein solches reines Recht ist, wie es hier vorausgesetzt wird, nicht für möglich, wenigstens nicht für so begründet angesehen, daß man demselben durch eine andere Wortfassung vorbeugen zu müssen, für nöthig gehalten hätte. Mit den Worten: „in der Regel" hat man die Fälle, in welchen das Gesetz eine Aufforderung zur gerichtlichen Geltendmachung eines Rechtes gestattet, auszunehmen beabsichtigt.

Der gegenwärtige §, nach welchem als Regel gilt, daß Niemand zur Ausübung eines Rechts gezwungen werden kann, erstreckt sich namentlich auch auf die Fälle, in welchen es auf die Erfüllung einer Obligation oder auf die Annahme einer Sache ankommt, indem weder der Gläubiger zur Empfangnahme der Erfüllung, noch der Eigenthümer einer Sache zur Annahme der Sache verpflichtet ist. Der Nachtheil, welcher den Gläubiger oder den Eigenthümer der Sache treffen kann, ist immer nur höchstens der Verlust seiner Forderung oder seines Eigenthums. Im Wesentlichen gilt dieß auch in den Fällen der provocatio ad agendum, jedoch mit der Beschränkung, daß der Provocat,

---

1. Sintenis, a. a. O. Bd. 1, S. 234 will die Regel, daß ein Recht nicht lediglich zu dem Ende ausgeübt werden dürfe, um einem Andern zu schaden, auf die speciellen Fälle beschränken, in welchen sie in den Quellen vorkommt, z. B. l. 38 D. de R. V. l. 1 § 12 l. 2 § 5 D. de aq. et aquae. l. 3 pr. D. de operib. public. Allein in diesen Gesetzstellen wird offenbar ein Princip angewendet. Nur das ist richtig, daß man nicht soweit gehen dürfe, von Demjenigen, welcher ein Recht ausübt, den Nachweis eines Interesses zu verlangen und eben deßhalb muß es bedenklich fallen, in einem Gesetz das Interesse als ein Erforderniß der Ausübung eines Rechts aufzuführen.

wenn er nicht zeitig auf sein Recht verzichtet, zum ewigen Stillschweigen und zur Erstattung der durch die Provocation entstandenen Kosten verurtheilt werden kann. Die geistreiche Bemerkung, daß nach dem Begriffe des Rechts ein Zwang zu dessen Ausübung nicht gedacht werden könne, findet in der oben gemachten Bemerkung ihre Widerlegung.

---

§ 128. Wer zu einem Mehreren berechtigt ist, hat auch ein Recht auf das darin enthaltene Wenigere.

Motive. In diesem § hat man schon durch die Fassung hervorheben wollen, daß es insbesondere die qualitative Seite des größeren Umfanges der Rechte sei, auf welche dabei gesehen werden müsse. Dem mit dem hier aufgestellten verwandten Satze, „daß in dem Rechte auf einen Zweck auch das Recht auf die erlaubten angemessenen oder nothwendigen Mittel liege", welcher vorzüglich in der Lehre von den Dienstbarkeiten Anwendung findet, außerdem aber eine nur sehr untergeordnete Bedeutung hat, in dem allgemeinen Theile eine Stelle anzuweisen, hat man um deßwillen Bedenken getragen, weil dadurch leicht zu einer zu weiten Ausdehnung dieses Satzes hätte Anlaß gegeben werden können.

Der vorstehendem § entsprechende § 134 des Entwurfs enthielt als ersten Satz noch den:

„Die Ausübung eines Rechts muß innerhalb der gesetzlichen Grenzen geschehen."

Da dieser Satz theils im Allgemeinen durch den § 118, theils in Beziehung auf das sog. damnum injuria datum durch den § 1487 des B. G.-B. gedeckt war, so hat man denselben bei der Schlußredaction in Wegfall gebracht.

---

§ 129. Wer die Vortheile eines Rechtes genießt, trägt in der Regel den mit demselben verbundenen Aufwand.

Motive. In diesem § hat man den Satz: „penes quem sunt commoda, penes eundem debent esse onera" aufgestellt, um die sich außerdem vielfach nöthig machende Wiederholung desselben in seiner Anwendung auf specielle Rechtsmaterien zu ersparen, zumal sich vorhersehen ließ, daß, wenn selbst an einzelnen Stellen noch auf diesen Satz zurückzukommen wäre, es doch noch Fälle geben würde, wo eine specielle Erwähnung desselben fehlen und daher auf eine im allgemeinen Theile zu suchende Regel zu recurriren sein möchte.

Ausnahmen von der Regel, penes quem sunt commoda rei, penes eundem debent esse onera, können theils auf Vertrag beruhen, theils sich aus der Natur des Rechtsgeschäfts ergeben. Das Specielle, welches im Wesentlichen auf eine Zusammenstellung der einzelnen Bestimmungen des B. G.-B. nach dieser Richtung hin hinauslaufen würde, gehört nicht hierher.

---

§ 130. Stehen mehreren Personen Rechte zu, welche nicht neben einander ausgeübt werden können, so muß, wenn nicht gesetzliche Vorschriften etwas Anderes bestimmen, jeder Berechtigte von seinem Rechte so viel aufgeben, daß die theilweise Ausübung aller Rechte möglich wird. Kann oder darf dieß nicht geschehen, so entscheidet das Loos.

Motive. Mit den Worten: „wenn nicht gesetzliche Vorschriften etwas Anderes bestimmen", haben die Fälle gedeckt werden sollen, in welchen nach dem Satze: „prior tempore potior jure" die Prävention oder ein Gesetz selbst dem einen Berechtigten den Vorzug vor dem anderen giebt.

Besondere Vorschriften, welche bei einer Collision der Rechte Mehrerer maßgebend sind, enthält das B. G.-B. z. B. §§ 241. 529. 764 — 766. 771. 794. 1023. 1513. 2479. 2480.

Die Entscheidung durch das Loos ist in §§ 130. 529. 764. 2351 und 2498 des B. G.-B. vorgeschrieben.

---

§ 131. Man kann nicht mehr Rechte auf einen Anderen übertragen, als man selbst hat.

Zu bemerken ist, daß der Entwurf unter der Rubrik „Uebertragbarkeit der Rechte" als § 138 noch folgenden Satz enthielt:

„Rechte können, soweit nicht eine Ausnahme begründet ist, durch Rechtsgeschäfte oder Vererbung auf Andere übergehen."

Da dieß ein ganz allgemeiner Satz ist, welcher in den speciellen Theilen erst seine richtige Bedeutung und Erklärung erhält, so hat man diesen § bei der Schlußredaction gestrichen. Hiermit hat sich auch das in den speciellen Motiven zu diesem § über die Singularsuccession in Forderungen Gesagte erledigt.

Soviel den oben stehenden § 131 des B. G.-B. betrifft, so sind die zu demselben gegebenen Motive nachstehende:

Motive. Der in diesem § aufgestellte Satz entspricht ganz dem Rechte, welches schon bisher galt. (Man vergl. l. 20 pr. § 1 D. de adq. rer. dom., l. 54 D. de reg. jur., l. 67 D. de contr. emt. vend., l. 175 § 1, l. 177 pr. D. de reg. jur., l. 3 Cod. de servit.)

Uebrigens ist darauf aufmerksam zu machen, daß erstens die Bestimmung dieses § nicht blos auf Eigenthumsübertragung zu beschränken ist, sondern auch bei Cessionen und Sublocationen Anwendung findet und daß zweitens damit nicht im Widerspruche steht, wenn in einzelnen Fällen die Vindication dem dritten redlichen Besitzer gegenüber ausgeschlossen ist.

Von der in diesem § aufgestellten Regel, nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet, macht das allg. D. H.-G.-B. Art. 306. 307 bei Handelswaaren und Inhaberpapieren eine Ausnahme, welche um so bedenklicher ist, als die Ausnahme, welche in Beziehung auf gestohlene oder verlorene Handelswaaren wieder von der Ausnahme gemacht wird, auf einem unserem Rechte und unserem Rechtsbewußtsein ganz fremden Principe beruht[1]. Hoffentlich wird die Praxis den Riß, welchen das H.-G.-B.

---

1. Art. 306. „Wenn Waaren und andere bewegliche Sachen von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe veräußert und übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigenthum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war. Das früher begründete Eigenthum erlischt. Jedes früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht erlischt, wenn dasselbe dem Erwerber bei der Veräußerung unbekannt war. Sind Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe verpfändet und übergeben worden, so kann ein früher begründetes Eigenthum, Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht an den Gegenständen

in unser Recht gebracht hat, durch eine stricte Interpretation der angegebenen Artikel ausgleichen.

Soviel die Cession und Sublocation betrifft, welche, wie die Motive erwähnen, ebenfalls unter dem Principe des gegenwärtigen § stehen, so sind die §§ 963. 969. 1194 des B. G.-B. zu vergleichen.

Anlangend endlich die Fälle, in welchen die Vindication dem dritten redlichen Inhaber gegenüber nach dem B. G.-B. ausgeschlossen ist, so sind sie doppelter Art, nämlich entweder ist die Vindication überhaupt ausgeschlossen, oder es ist diese blos gegen Erstattung des von dem dritten redlichen Inhaber gezahlten Preises gestattet. Auf die Fälle der ersteren Art beziehen sich die §§ 296. 1041, auf die Fälle der letzteren Art der § 315 des B. G.-B. Der zuletzt angegebene § und der Art. 306 des allg. D. H.-G.-B. sind also keineswegs identisch. (Man vergl. Annalen N. F. Bd. 4, S. 305 folg.)

---

§ 132. Rechte erlöschen durch Vereinigung derselben und der ihnen entsprechenden Verbindlichkeiten in einer Person; ingleichen durch den Eintritt eines Endtermines oder einer auflösenden Bedingung.

Von den Erlöschungsgründen der Rechte werden in dem vorstehenden § aufgeführt 1) die Vereinigung des Rechts und der ihm gegenüberstehenden Verbindlichkeiten in einer Person (Confusion), und 2) der Eintritt eines Endtermines oder einer auflösenden Bedingung. Das Specielle über den unter Nr. 1 angegebenen Erlöschungsgrund enthalten die §§ 443. 458. 508. 594. 651. 1008. 1033. 1465. 2285. 2378 des B. G.-B. Ueber den unter Nr. 2 angegebenen Erlöschungsgrund ist das zu §§ 112. 115 Gesagte zu vergleichen.

---

§ 133. Durch Nichtausübung erlöschen Rechte nur in den Fällen, für welche die Gesetze dieß aussprechen.

---

zum Nachtheile des redlichen Pfandnehmers oder dessen Rechtsnachfolgers nicht geltend gemacht werden. Das gesetzliche Pfandrecht des Commissionärs, Spediteurs und Frachtführers steht einem durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich. Dieser Artikel findet keine Anwendung, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren." Art. 307. „Die Bestimmungen des vorigen Artikels finden bei Papieren auf Inhaber auch dann Anwendung, wenn die Veräußerung oder Verpfändung nicht von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe geschehen ist, und wenn die Papiere gestohlen oder verloren waren."

Durch diese Artikel sollen die Landesgesetze, welche für den Besitzer noch günstigere Bestimmungen enthalten, nach dem Art. 308 nicht berührt werden. Kräwell, das allg. D. H.-G.-B. bemerkt zu dem Art. 307, die Fassung des letzteren lasse es zweifelhaft, ob die Veräußerung zwar von einem Kaufmanne, nur nicht in dessen Handelsbetriebe, vorgenommen worden sein müsse, oder ob jede Veräußerung hierher gehöre. Nach unserm Dafürhalten ist blos die letztere Auslegung des Art. 307 denkbar. (Man vergl. über die Art. 306. 307 des allg. D. Handelsgesetzbuchs, Goldschmidt, in der Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 8, S. 225 folg. und Bd. 9, S. 1 folg. Häuser, im Archiv für W.-R. u. H.-R. Bd. 16, S. 256 folg.) Nach unserm Dafürhalten werden sich die angegebenen Artikel des H.-G.-B. nur erst dann interpretiren lassen, wenn zuvor festgestellt sein wird, welche Begriffe die Berather des H.-G.-B. mit „Eigenthum" „Pfandrecht" und „sonstigem dinglichen Rechte" verbunden haben.

Motive. Auf die Verjährung beziehen sich §§ 158—179. 613. 614. 949. 973. 1047. 1048. 1066. 1067. 1093. 1099. 1203. 1290. 1562. 1589. 1617. 1697. 1751. 2386. 2649 des Entwurfs (§§ 150—170. 597. 598. 923. 946. 1017. 1018. 1034. 1035. 1063. 1069. 1174. 1532. 1559. 1666. 2353. 2616 des B. G.-B.).

Ueber die Wirkungen der Erlöschung der Rechte durch Verjährung wird zu dem § 170 des B. G.-B. das Nöthige zu sagen sein.

---

§ 134. Rechte erlöschen, wenn der Berechtigte darauf verzichtet. Der Annahme des Verzichtes durch den Anderen bedarf es nur in den Fällen, in welchen die Gesetze dieß aussprechen.

Motive. Soviel den Verzicht angeht, so hat man den auf das Erforderniß der Annahme bezüglichen Satz so, wie geschehen, gefaßt, um erstens die Fälle der sogenannten Dereliction zu treffen und zweitens den Unterschied zwischen dem einseitigen Verzichte, welcher in jedem Falle wenigstens so lange Kraft hat, als er nicht revocirt wird, und dem lediglich nach den Vorschriften über den Vertrag zu beurtheilenden Vergleiche anzuzeigen. Hier kam es nur darauf an, eine allgemeine Regel aufzustellen, welche, wenn bei einer einzelnen Lehre nicht etwas Anderes bestimmt wäre, angewendet werden könnte. Die Paragraphen, in welchen von den Verzichten noch besonders gehandelt wird, sind z. B. §§ 304. 305. 466. 467. 468. 606. 665. 666. 881. 1025. 1350. 1352. 1411. 2292—2299. 2461—2464 des Entwurfs (§§ 293. 294. 455. 456. 457. 590. 591. 649. 650. 856. 998. 1321. 1323. 1382. 2258—2621. 2427. 2428. 2429. 2430 des B. G.-B.).

Der gegenwärtige § giebt Veranlassung, die Vorschriften des B. G.-B. über den Verzicht (dieses Wort in der Bedeutung gebraucht, daß darunter auch die sog. Dereliction und die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses verstanden wird) übersichtlich zusammenzustellen, damit dadurch der Beweis geführt wird, daß das B. G.-B. in allen wesentlichen Punkten mit dem gemeinen Recht in Uebereinstimmung steht.

A. Auf die sog. Dereliction beziehen sich die §§ 293. 294. Nach jenem § wird das Eigenthum an beweglichen Sachen durch Aufgabe des Eigenthümers, die aber in der Behandlung der Sache hervortreten muß, verloren. Nach dem § 294 wirkt die Dereliction bei Grundstücken nur dann, wenn der Eigenthümer bei Gericht erklärt, daß er das Eigenthum an dem Grundstücke aufgeben wolle. (Man vergl. auch § 757 des B. G.-B.). Daß die Aenderung des Entschlusses der Dereliction bei den beweglichen Sachen so lange, als diese noch nicht von einem Andern occupirt worden sind, und bei den Grundstücken so lange möglich ist, als der Eigenthümer noch in dem Grundbuche eingetragen ist, versteht sich von selbst.

B. Verzichte auf Hypotheken, Grunddienstbarkeiten, und persönliche Dienstbarkeiten werden erst von der Zeit der Annahme an unwiderruflich (§§ 455. 456. 590. 591. 649). Bis zu diesem Zeitpunkte sind dieselben widerruflich, wie eine bloße Offerte, vorausgesetzt, daß, soweit es sich um Rechte handelt, welche an das Erforderniß der Eintragung geknüpft sind, nicht etwa bereits eine Löschung im Grund- und Hypothekenbuche erfolgt ist.

C. Verzichte auf Forderungen haben nur im Falle der Annahme verbindende Kraft (§ 998 in Verbindung mit § 1409 des B. G.-B.).

D. Verzichte auf Erbschaften oder Vermächtnisse sind sofort wirksam, können auch nicht widerrufen werden (§§ 2260. 2430 des B. G.-B.).

E. Auf die Aufgabe des Besitzes bezieht sich der § 211 des B. G.-B.

Fälle, in welchen Verzichte nicht statt haben, sind beispielsweise die in §§ 123. 1063. 1321. 1382. 1442. 1511. 1852. 2211 angegebenen. Für den Erbverzicht sind die Vorschriften des Vertrags maßgebend (§§ 2560—2562 des B. G.-B.).

Ueber den Verzicht auf die Verjährung wird zu dem § 152 des B. G.-B. das Speciellere zu sagen sein.

---

§ 135. Verzichte auf Rechte sind streng auszulegen.

Der diesem § entsprechende § 143 des Entwurfs enthielt noch den Satz:

„Ein allgemeiner Verzicht ist nur so weit wirksam, als sich die Rechte, auf welche er sich bezieht, erkennen lassen."

Durch die Worte „als sich — erkennen lassen" hatte der Gedanke ausgedrückt werden sollen, es beziehe sich ein Verzicht nicht auf Rechte, welche erst nach demselben entstanden oder welche dem Verzichtenden unbekannt gewesen sind. Indessen war dieß nur eine einzelne Interpretationsregel von den vielen, welche für den Verzicht gelten und welche sich durch den allgemeinen Satz ausdrücken lassen, die Interpretation des Verzichts stehe unter den Regeln über die Interpretation der Rechtsgeschäfte überhaupt. Aus diesem Grunde hat man jenen Passus des Entwurfs bei der Schlußredaction in Wegfall gebracht.

Soviel den § 135 in seiner gegenwärtigen Gestalt angeht, so könnte es zwar auf den ersten Augenblick den Anschein haben, als ob er ebenfalls selbstverständlich wäre. Aber dem ist doch nicht so, weil er wenigstens in den Fällen, in welchen es zweifelhaft ist, wie weit ein Verzicht reiche, eine Direction für das in dubio Anzunehmende enthält.

Sechste Abtheilung.

Von der Sicherung, Verwahrung und Verfolgung der Rechte.

I. Sicherheitsleistung.

§ 136. Sicherheitsleistung muß, wo eine Verpflichtung dazu besteht, bis zu einem dem Werthe des zu sichernden Gegenstandes entsprechenden Betrage geschehen. Sie kann nach der Wahl des Verpflichteten durch Hinterlegung einer Geldsumme, Uebergabe eines Faustpfandes oder Bestellung einer Hypothek erfolgen. In Ermangelung dieser Sicherungsmittel sind tüchtige Bürgen zu stellen.

Motive. Man schickt die allgemeine Bemerkung voraus, daß in diesem § und in den nachstehenden §§ weder von der schon jetzt ganz unpraktischen Caution, welche nach Röm. Rechte blos den Zweck hatte, einen Anspruch klagbar zu machen, noch von der für unser Recht bedeutungslosen sogenannten cautio juratoria, sondern nur von der eigentlichen Sicherheitsbestellung und selbst von dieser nur in so weit die Rede ist, als einige allgemeine Regeln darüber gegeben werden, wie eine Sicherheit, wenn eine solche vermöge Gesetzes oder vermöge Vertrages gefordert werden kann, in Ermangelung einer anderen Bestimmung zu bestellen sei.

Den Fällen, in welchen nach dem Gesetzbuche Sicherheit zu leisten ist, sind unter anderen die in § 633 folg., § 1935 folg. des Entwurfs (§§ 617 folg. 1902 folg. des B. G.-B.) angegebenen beizuzählen.

Den vorstehenden § insbesondere angehend, so hat man die „Hinterlegung einer Geldsumme" neben der Bestellung eines Faustpfandes erwähnt, um darauf aufmerksam zu machen, daß die baare Caution, obschon sie im Wesentlichen dem Faustpfande gleichsteht, doch in einigen Beziehungen anders als dieses zu beurtheilen ist. Das Nähere hierüber enthält der § 1308 des Entwurfs (§ 1279 des B. G.-B.). Soviel insbesondere die Frage betrifft, ob, wenn die baare Caution für ein dauerndes Verhältniß, z. B. Pacht- oder Miethverhältniß, bestellt ist, die Klage auf deren Rückgabe das Anführen enthalten müsse, daß Ansprüche, zu deren Sicherheit die Caution dienen solle, nicht weiter vorhanden seien, oder ob die Behauptung hinreiche, daß das Rechtsverhältniß, anläßlich dessen Sicherheit geleistet worden, beendigt sei, so wird, wenn sich aus den besonderen Verhältnissen des concreten Falles kein Anhalten für die muthmaßliche Absicht der Interessenten ergiebt, das erstere anzunehmen sein, weil nur dann der Zweck der Sicherheitsleistung als erfüllt zu betrachten ist; doch versteht sich, daß hiermit der Frage, wie die Beweislast zu vertheilen sei, wenn es sich um die Existenz von Ansprüchen handelt, nicht vorgegriffen werden kann.

Wie bereits in den speciellen Motiven bemerkt worden ist, handelt es sich hier nur von der gewöhnlich sog. Realcaution einschließlich der Caution durch Bürgen (Satisdation). Alle andern Mittel, den Beweis eines Rechts zu erleichtern, oder die Geltendmachung des letztern zu sichern, welche dem juristischen Sprachgebrauche nach unter dem Ausdruck „Caution" begriffen zu werden pflegen, z. B. Urkunden, den Umfang oder Inhalt eines Rechts feststellende Verträge, Conventionalstrafen, cassatorische Clauseln, außergerichtliche Eide u. s. w., sind hier ausgeschlossen geblieben[1].

Während in dem gegenwärtigen § die Hinterlegung einer Geldsumme neben der Uebergabe eines Faustpfandes, also auch vertretbarer Sachen, zur bessern Hervorhebung der sich aus der rechtlichen Natur des Geldes, als eines Werthmessers ergebenden besonderen Beschaffenheit einer Geldcaution aufzuführen war[2], mußte die Vorschrift in § 1279 des B. G.-B., wonach die zum Zwecke einer Sicherstellung erfolgte Hinterlegung einer vertretbaren Sache als eine Bestellung eines Faustpfandes zu betrachten ist, so, wie geschehen, allgemein gefaßt werden, weil sich in dieser Beziehung Geld und andere vertretbare Sachen nicht von einander unterscheiden.

Für die Frage, wer zwischen den im zweiten Satze des § angegebenen Sicherungsmitteln zu wählen habe, sind die §§ 697—700 des B. G.-B. maßgebend. Im Zweifel hat der zur Sicherheitsleistung Verpflichtete die Wahl.

---

§ 137. Eine Sache, welche zur pfandweisen Sicherstellung dienen soll, braucht nicht höher, als zu zwei Drittheilen des Schätzungswerthes zum Pfande angenommen zu werden.

---

1. Nach Röm. Rechte wurde vorzugsweise die Stipulation zur Bestärkung eines Rechtsgeschäfts gebraucht. Man vergl. Siebenhaar a. a. O. S. 306 folg. S. 313.

2. Die Ansichten der Praxis über die Caution betreffend, so ist darüber zu vergl. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. Bd. 3, S. 103. Bd. 11, S. 81 folg. N. F. Bd. 2, S. 103 folg. Zeitschr. f. R. u. V. N. F. Bd. 12, S. 362. Bd. 13, S. 279. Annalen Bd. 2, S. 441.

Motive. Dieser § bezieht sich nicht blos auf den Fall der pfandweisen Sicherheitsstellung, sondern auch auf den Fall der zum Zwecke der Sicherheitsleistung erfolgten Hinterlegung von unvertretbaren und vertretbaren Sachen mit Ausnahme baaren Geldes.

In Beziehung auf die hypothekarische Anlegung von Mündelgeldern durch den Vormund ist die Vorschrift des gegenwärtigen § aus naheliegenden Gründen in § 1935 des B. G.-B. etwas modificirt worden.

Die Frage, ob, wenn die cautionsweise verpfändete Sache durch Zufall untergeht oder verschlechtert wird oder sonst ihren Werth verliert, Derjenige, welcher das Recht auf die Sicherstellung hat, eine andere Sicherheit oder Ergänzung der bestellten Sicherheit von dem Verpflichteten verlangen kann, ist, wenn nicht aus den Umständen des concreten Falles etwas Anderes zu entnehmen ist, zu bejahen. (Man vergl. auch § 1902 des B. G.-B.)

---

§ 138. Ein Bürge ist tüchtig, wenn er ein der Größe der sicher zu stellenden Schuld angemessenes Vermögen besitzt und innerhalb der deutschen Bundesstaaten belangt werden kann.

Motive. Die Worte: „angemessenes Vermögen" sollen anzeigen, daß auf das Vermögen deducto aere alieno zu sehen sei. Die Vorschrift, daß es bei Beurtheilung der Idoneïtät des Bürgen darauf ankommt, ob derselbe innerhalb der deutschen Bundesstaaten belangt werden könne, stimmt mit den auf ähnliche Verhältnisse bezüglichen §§ 1491. 1871. 1872. 1873 des Entwurfs (§§ 1462. 1838. 1839. 1840 des B. G.-B.) überein.

Die Frage, wie es zu halten sei, wenn in der Person des Bürgen Umstände eintreten, welche, sofern sie gleich Anfangs vorhanden gewesen wären, dessen Ablehnung gerechtfertigt haben würden, ist dem zu dem vorigen § über die Sicherheitsleistung durch Sachen Gesagten analog zu beantworten.

Nach Auflösung des deutschen Bundes darf dieser § nicht auf die im norddeutschen Bunde vereinigten Staaten beschränkt werden, vielmehr beziehen sich die Worte „und innerhalb — belangt werden kann" auf alle Staaten, welche zu dem deutschen Bunde gehört haben, selbst Luxemburg und Limburg nicht ausgenommen.

II. Verwahrung.

§ 139. Durch Verwahrung, Protestation, kann man sich einseitig gegen die möglichen nachtheiligen Folgen einer eigenen Handlung, oder gegen die Handlung eines Anderen oder deren nachtheilige Folgen sichern.

Motive. Von der Verwahrung, Protestation, ist hier blos in so weit die Rede, als sie dazu dient, den Willenserklärungen, insbesondere den stillschweigenden, eine der dabei gehegten Absicht entsprechende Erklärung zu geben, alle dieser Absicht widersprechenden Folgerungen und insbesondere auch die Annahme auszuschließen, als ob den Willensäußerungen Anderer eine juristische Wirkung in Beziehung auf eigene Rechtsverhältnisse habe eingeräumt werden sollen. Von der Protestation, welche das Hypothekengesetz §§ 51. 149 mit dem Namen: „Vormerkung" belegt, wird §§ 415—418 des Entwurfs (§§ 404—407 des B. G.-B.),

von der Protestation auf Grund des vom Verpachter oder Vermiether gegebenen Versprechens, im Falle einer Veräußerung der verpachteten oder vermietheten Sache dem Erwerber die Erfüllung des Pacht- oder Miethvertrags zur Bedingung zu machen, in § 1253 des Entwurfs (§ 1224 des B. G.-B.), von der Protestation zum Zwecke der Unterbrechung der Verjährung oder Ersitzung bei diesen Lehren gehandelt. Und soweit die Protestation, wie namentlich die in §§ 147. 148 des Hypothekengesetzes angegebene, blos ein processualisches Institut ist, gehört dieselbe gar nicht in das Gesetzbuch. Die vorliegenden §§, welche sich an § 101 des Entwurfs (§ 99 des B. G.-B.) anschließen, enthalten im Wesentlichen blos unser bisheriges Recht. Nur so viel ist hier noch beizufügen, daß die Protestation in der Bedeutung, in welcher sie hier genommen ist, auch die Reservation, oder den Vorbehalt, daß man durch einen in allgemeinen Ausdrücken erklärten Verzicht ein im Vorbehalte näher bezeichnetes Recht nicht aufgegeben haben wolle, in sich begreift.

Ueber die Verwahrungen im Grund- und Hypothekenrechte sind die §§ 216—223 der Verordnung v. 9. Januar 1865, das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen betr., zu vergleichen. Namentlich wiederholt der § 220 die Vorschrift des § 77 des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843, in welcher man irriger Weise eine Spur der exceptio non numeratae pecuniae (wider Schuldverschreibungen oder Quittungen) gefunden hatte.

Der dem § 139 des B. G.-B. entsprechende § 147 des Entwurfs enthielt noch den Satz:

„Ist die Verwahrung dagegen gerichtet, daß aus einer eigenen Handlung ein Verzicht gefolgert werden könnte, so ist sie ein Vorbehalt."

So wenig sich bezweifeln läßt, daß die Verwahrung, welche zu ihrer Gültigkeit nicht schlechterdings den Gebrauch des Wortes „Verwahrung" oder „Protestation" voraussetzt, sondern auch mit andern dieselbe ausdrückenden Worten erfolgen kann, auch gegen die mögliche Folgerung eines Verzichts gerichtet sein und in so weit einen Vorbehalt enthalten kann, so wenig ist es nöthig, dieß in einem Gesetz besonders zu sagen, zumal eine Verwahrung zwar einen Vorbehalt in sich involviren kann, nicht aber ein Vorbehalt immer eine Verwahrung sein wird. Man hat deßhalb bei der Schlußredaction den angegebenen Satz des Entwurfs gestrichen.

---

§ 140. Die Verwahrung gegen die möglichen nachtheiligen Folgen einer eigenen Handlung muß vor oder bei der letzteren geschehen. Sie ist unwirksam, wenn diese Folgen nach den Gesetzen ohne Rücksicht auf den dabei geäußerten Willen mit der Handlung eintreten, oder wenn sie mit der Handlung im Widerspruche steht, oder wenn sie gegen die Folgen einer Unterlassung in einem Falle gerichtet ist, in welchem diese Folgen nur durch eine dieselben ausschließende Thätigkeit abgewendet werden können.

In Beziehung auf den Zeitpunkt, bis zu welchem eine Verwahrung gültig erfolgen kann, besteht zwischen der Verwahrung gegen die nachtheiligen Folgen einer eigenen Handlung und der gegen eine fremde Handlung oder deren nachtheilige Folgen der Unterschied, daß die erstere nach dem gegenwärtigen § vor oder bei der Handlung, die letztere aber zufolge des § 142 auch noch nach der Handlung geschehen kann, in diesem Falle aber ohne Verzögerung nach erlangter Kenntniß von der Handlung geschehen muß. Die Worte

„ohne Verzögerung" überlassen die Bestimmung der Zeit, bis zu welcher die Verwahrung rechtsgültig erfolgen kann, der Beurtheilung des concreten Falles, dessen besondere Beschaffenheit bei der Frage, ob es einer Verwahrung gegen die fremde Handlung zu Ausschließung der stillschweigenden Einwilligung in dieselbe bedürfe und bis zu welchem Zeitpunkte die Verwahrung statthaft sei, allein maßgebend sein kann.

Der zweite Satz des gegenwärtigen § giebt blos die allgemeinen Gesichtspunkte an, nach welchen der Verwahrung die damit beabsichtigte Wirkung abzusprechen sein kann. Die Anwendung dieser leitenden Gesichtspunkte auf den einzelnen Fall hängt von der Beurtheilung der gerade vorliegenden besonderen Umstände, insbesondere der stärkeren oder geringeren Concludenz des Schlusses von der Handlung auf die daraus zu folgernde stillschweigende Willenserklärung, ab. So wird z. B. gegen die stillschweigende Stundung, welche in der Vorausnahme der Zinsen liegt, und gegen die stillschweigende Ratihabition, welche aus der Fortsetzung eines Rechtsstreites zu folgern ist, eine Verwahrung nicht mit Effect eingelegt werden können. Eine Verwahrung, welche um deßwillen unwirksam sein würde, weil die Gesetze Folgen damit verbinden, die ohne Rücksicht auf den dabei geäußerten Willen eintreten, würde z. B. die sein, daß die Zurücknahme einer Klage nicht als Verzicht auf die Interruption der Verjährung gelten solle (§ 166 des B. G.-B.).

---

§ 141. Der Verwahrung gegen die Handlung eines Anderen oder gegen deren nachtheilige Folgen bedarf es nur, wenn aus dem Schweigen eine Einwilligung in die Handlung gefolgert werden könnte, oder nach den Umständen oder nach gesetzlicher Vorschrift gefolgert werden müßte, oder wenn die Gesetze außerdem der Verwahrung gegen eine fremde Handlung eine Wirkung besonders beilegen.

Zu diesem § ist das zu §§ 98. 99 S. 136 folg. Gesagte zu vergleichen.

---

§ 142. Die Verwahrung gegen eine fremde Handlung oder deren Folgen kann in der Regel sowohl vor als nach der Handlung, muß aber im letzteren Falle ohne Verzögerung nach erlangter Kenntniß von der Handlung geschehen. Erfolgt die Verwahrung vor der fremden Handlung, so hat sie nicht die Wirkung, den Anderen an der Handlung zu hindern, wenn ihr nicht diese Wirkung von den Gesetzen besonders beigelegt worden ist.

Fälle, in welchen die Verwahrung gegen eine fremde Handlung die Vornahme dieser zu hindern geeignet ist, sind theils die des § 143, theils die des in Gemäßheit der Proceßgesetze erfolgten gerichtlichen Arrestschlags. Ueber die Verwahrung zum Zwecke der Unterbrechung der Verjährung und Ersitzung, so wie über die Verwahrung zum Zwecke der Interpellation wird zu den einschlagenden §§ 164. 275. 735 das Nöthige zu sagen sein. Auch in dem Familienrecht hat die Verwahrung ihre Bedeutung (§§ 1775. 1777 des B. G.-B.).

---

§ 143. Eine in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragene Verwahrung hat die Wirkung, daß von der Eintragung der Verwahrung an bis zu deren

Löschung in das Grund- und Hypothekenbuch nichts zum Nachtheile des Rechtes aufgenommen werden darf, dessen Sicherung duch die Verwahrung bezweckt wird.

Die Vorschrift dieses § gilt nicht blos von den Fällen der Vormerkung in §§ 404—407 des B. G.-B., sondern auch in andern Fällen, in welchen eine Verwahrung in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen worden ist[1].

III. Klagen und Einreden.

§ 144. Klage ist die Befugniß, richterliche Hülfe zur Geltendmachung eines Rechtes anzurufen. Die Klagbarkeit der Rechte ist Regel. Thatumstände, durch welche eine Klage ganz oder zum Theil entkräftet wird, begründen Einreden.

Motive. Unter „Klage" ist hier die „actio" oder „die Befugniß, zum Zwecke der Geltendmachung eines Rechtes gerichtlichen Schutz in Anspruch zu nehmen", im Gegensatze zu dem „libellus" oder der „processualischen Form, in welcher jener Schutz angerufen wird", zu verstehen.

Mit dem Satze: „die Klagbarkeit der Rechte ist Regel" hat angezeigt werden sollen, daß jedes Recht, in Ermangelung einer anderen Bestimmung, als ein vollständig anerkanntes Recht zu betrachten ist. Nach dem Röm. Rechte gab es eine große Anzahl von Rechten, welche nicht vollständig anerkannt waren; die hiermit im Zusammenhange stehende Theorie von den sogenannten naturales obligationes kennt das Gesetzbuch nicht; die Vorschrift über die condictio indebiti in § 1552 des Entwurfs (§ 1522 des B. G.-B.) ist kein Anklang an diese Theorie.

Dem Gesetzbuch ist die Vorstellung, als ob die Klage (actio) ein Recht neben der Forderung oder dem Rechte an Sachen wäre, fremd. (Man vergl. Siebenhaar a. a. O. S. 292 folg., insbesondere S. 293, not. 1, ingleichen Annalen N. F. Bd. 4, S. 1 folg.) Eben so wenig ist von der Lehre der sog. naturales obligationes, wenigstens wie sie von der neuern Doctrin aufgefaßt wird, irgend Etwas in das Gesetzbuch übergegangen, wie aus den Worten „die Klagbarkeit der Rechte ist Regel" hervorgeht. Allerdings giebt es nach dem Gesetzbuche Obligationen, welche zwar nichtig sind, bei welchen aber dessenungeachtet die repetitio soluti ausgeschlossen ist, z. B. die Spiel- und Wettschulden (§ 1480), die von einer Ehefrau ohne Einwilligung ihres Ehemannes contrahirten Schulden (§ 1641), die ohne Beobachtung der gesetzlichen Form erfolgte Intercession der Ehefrau für ihren Ehemann (§ 1650), die Erfüllung einer verjährten Forderung (§ 1522). Hieraus läßt sich nur etwa folgern, daß die angegebenen Fälle mit der sog. naturalis obligatio das Merkmal der Unstatthaftigkeit einer repetitio soluti gemein haben. Aber dieses Merkmal macht den Begriff der naturalis obligatio nicht aus. Andere Merkmale dieser, z. B. das Compensationsrecht, die Gültigkeit der Pfand- und Bürgschaftsbestellungen, Statthaftigkeit der Novation, finden sich bei den angegebenen Obligationen nicht[2].

---

1. Man vergl. über die Protestation Annalen Bd. 1, S. 60. Bd. 2, S. 133. 134. Bd. 4, S. 319 folg. 406 folg. Bd. 6, S. 244. 415. N. F. Bd. 4, S. 109.

2. In dem Geltungsgebiete des allg. D. H.-G. werden Naturalobligationen vorkommen können. Nach dem Art. 349 verjährt nämlich die actio redhibitoria et quanti minoris als Klage innerhalb sechs Monaten seit Ablieferung der Waaren an den Käufer. Dagegen verjährt sie als

Einreden sind nach dem § thatsächliche Behauptungen, durch welche das klagbar gemachte Recht entkräftet wird, also nicht blos Einreden, welche dahin gehen, daß das formell gegründete Recht, wegen eines Widerspruchs mit dem materiellen Rechte, den rechtlichen Schutz nicht verdiene, z B. exceptio doli, metus, erroris, sondern auch Einreden, deren Tendenz darauf gerichtet ist, daß ein Recht, welches entstanden gewesen, wieder aufgehoben worden sei, z. B. exceptio pacti de non petendo, exceptio transactionis, exceptio jurisjurandi, exceptio rei judicatae, exceptio praescriptionis, auch nicht blos Einreden, welche ope exceptionis wirken, z. B. Compensation, Confusion, sondern auch Einreden, welche die Forderung ipso jure aufheben, z. B. solutio, acceptilatio, novatio. Nach unserm Processe nämlich stehen diese sämmtlichen Einreden unter ganz gleichen Principien, sie sind verloren, wenn sie nicht in dem Einlassungssatze vorgeschützt worden sind, sofern sie nicht, wie z. B. die Compensation, auf einem besondern Klaggrunde beruhen. Eine Ausnahme tritt nur ein, wenn die Exceptionen später entstanden sind, oder der Beklagte später Kenntniß davon erlangt hat, sofern nicht bereits rechtskräftig entschieden worden ist. Ob exceptiones noviter emergentes oder noviter repertae noch post rem judicatam geltend gemacht werden können, kann zweifelhaft sein. Nach unserm Dafürhalten ist dieß zu bejahen.

---

§ 145. Rechte, welche klagbar sind, und sich auch zu einer Einrede eignen, können gleichzeitig auf beiden Wegen verfolgt werden. Der Berechtigte kann aber den Gegenstand seines Rechtes nur einmal erlangen, und es wird, wenn dieß geschehen ist, die weitere Rechtsverfolgung auf dem anderen Wege ausgeschlossen.

Motive. Der vorstehende §, welcher den Satz enthält, daß Rechte, welche klagbar sind und sich auch zu einer Einrede eignen, gleichzeitig mittelst Klage und Einrede geltend gemacht werden können, stimmt sowohl mit der Natur der Sache, als mit unserem bisherigen Rechte überein. Wenn dieser Satz dahin näher bestimmt wird, daß der gestattete doppelte Weg der Geltendmachung eines Rechts nicht dazu dienen dürfe, eine doppelte Befriedigung herbeizuführen, so liegt darin nicht etwa eine Ausnahme von der Regel, sondern nur eine Erläuterung, welche man beigefügt hat, um Mißdeutungen der Regel zu verhindern. Uebrigens versteht sich von selbst, daß durch diese Bestimmung der proceßrechtlichen Frage, ob, wenn ein Recht gleichzeitig durch Klage und Einrede verfolgt wird, zu Vermeidung eines doppelten Verfahrens, namentlich einer doppelten Beweisführung, eine Combination beider Processe für angemessen zu halten sei, in keiner Weise präjudicirt wird.

Zur weiteren Ausführung und Rechtfertigung des in den Motiven Gesagten ist noch Nachstehendes zu erwähnen.

Einrede nicht, ausgenommen wenn die in Art. 347 vorgeschriebene sofortige Anzeige des Mangels nicht innerhalb sechs Monaten nach der Ablieferung geschehen ist. — Ueber die ausländische Praxis vor dem H.-G.-B. sind zu vergleichen: Entscheidungen des Preuß. Obertribunals Bd. 1, S. 120 folg. Seuffert, Archiv Bd. 1, Nr. 159. Juristische Zeitung für Hannover Bd. 23, Heft 3, S. 93. Goldschmidt, Archiv Bd. 4, S. 446. Vielleicht ließe sich dem Irrthume, welcher dem Art. 349 des allg. D. H.-G.-B. zu Grunde liegt, dadurch abhelfen, daß man die Bestimmung desselben lediglich auf die Dispositionsstellung, als einer Verwahrung wider die Annahme oder das Behalten der zugesendeten Waare, beschränkte.

Der § bezieht sich, worauf insbesondere aufmerksam zu machen ist, blos auf Rechte, welche durch Klage geschützt sind und sich auch zu einer Einrede eignen. Diese Rechte sollen gleichzeitig auf beiden Wegen, nämlich der Klage und Einrede, verfolgt werden können, was auch bereits nach dem bisherigen Rechte galt. So viel nämlich das römische Recht betrifft, so wird in der l. 8 D. de compens.: In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris conditionis sit, si compensatio ipsi denegetur, ausdrücklich gesagt, daß der Gläubiger auch mit einer Forderung compensiren könne, welche er bereits in litem deducirt habe. Auch war es nach römischem Proceßrechte ganz natürlich, daß der Gläubiger durch die Litiscontestation des Rechtes, mit der geklagten Forderung zu compensiren, nicht verlustig werden konnte, weil bekanntlich die naturalis obligatio durch die Litiscontestation nicht erlosch. Ob dieses Gesetz überhaupt noch gelten könne, hängt davon ab, ob es in unserem Processe einen Act giebt, welcher die Consumtionswirkung der römischen Litiscontestation hat, ob, wenn es einen solchen Act geben sollte, die Vorschriften des römischen Rechts über die Fortdauer der naturalis obligatio noch einen Sinn haben könnten, und welcher Begriff mit dieser naturalis obligatio zu verbinden wäre. Indessen kann hiervon abgesehen werden, weil die ratio des gegenwärtigen § klar vorliegt. Zunächst nämlich kann das Recht, wegen einer Forderung zu klagen und gleichzeitig mit derselben Forderung zu excipiren, wenigstens rücksichtlich des Ueberschusses, dann keinen Zweifel haben, wenn die geklagte Forderung die Forderung, auf welche sie in Aufrechnung gebracht werden soll, im Betrage übersteigt. Aber, auch abgesehen von diesen Fällen, geht der Zweck der Klage in dem der Exception nicht auf. Denn mit der Klage wird die Verurtheilung des Schuldners erreicht, während sich mit der Einrede nur eine Freisprechung erreichen läßt. Um die Aussicht auf jenen Vortheil würde der Gläubiger gebracht werden, wenn er dadurch, daß er wider eine Klage, welche der Schuldner gegen ihn erhoben hat, eventuell die Einrede der Compensation vorgeschützt hat, gehindert werden sollte, wegen seiner Forderung Klage zu erheben oder, sofern er bereits Klage erhoben hat, diese fortzusetzen. Insbesondere würde der Gläubiger durch ein solches Ansinnen ganz in die Hände des Schuldners gegeben werden, weil dieser zu jeder Zeit durch Fallenlassen seiner Klage die weitere Verfolgung der Exception unmöglich machen könnte. Endlich aber, und dieß ist die Hauptsache, ergiebt sich das Recht des gleichzeitigen Klagens und Excipirens aus der in unserem Processe geltenden sog. Eventualmaxime, vermöge deren der Beklagte aller Exceptionen verlustig ist, welche er nicht innerhalb der für die Einlassung bestimmten Frist vorgeschützt hat. Aehnlich gestaltet sich das rechtliche Verhältniß in den übrigen Fällen, in welchen wegen eines Rechtes geklagt und excipirt werden kann; z. B. wenn der Grundstückseigenthümer negatorie klagt, der Beklagte excipirt, daß er eine Grunddienstbarkeit habe, daneben aber Confessorienklage erhebt. Würde der Beklagte mit dieser Klage nicht zugelassen, so würde er zwar seine Freisprechung in der Negatorienklage, nicht aber eine Verurtheilung des Eigenthümers des dienenden Grundstücks erlangen können. Noch deutlicher tritt dieß hervor bei dem Anspruche wegen Mangel eines gekauften Gegenstandes, indem die Geltendmachung dieses Anspruchs mittelst Klage in der Regel auf ein Mehreres gehen wird, als mit der Einrede erlangt werden kann. Da, wie gezeigt worden ist, der Zweck der Klage ein ganz anderer ist, als der Zweck der Exception, so läßt sich auch in den angegebenen Fällen nicht behaupten, daß die zu den exceptionibus fori declinatoriis zu rechnende exceptio litis pendentis oder praeventionis begründet sei[1].

Daß die gleichzeitige Verfolgung eines Rechts durch Klage und Einrede nicht zu einer doppelten Befriedigung führen dürfe, wird in dem zweiten Satze des vorstehenden §

1. Man vergl. Annalen Bd. 6, S. 55.

ausdrücklich gesagt. Von selbst versteht es sich, daß dieß auch nicht theilweise geschehen dürfe. Auch würde dahin der Fall gehören, wo der Beklagte die Klage zugestanden und excipirt hätte, weil damit die Gegenforderung erloschen wäre.

Wenn gegen die vorstehende Ansicht eingewendet werden sollte, es ließen sich Fälle denken, in welchen die gleichzeitige klagweise und exceptionsweise Verfolgung eines Anspruchs große Unzuträglichkeiten haben müßte, so ist dagegen zu erwähnen, daß in diesen Fällen die Voraussetzung des gegenwärtigen §, die Qualification des Anspruches zur Klage und Einrede, fehlen wird. Im Uebrigen ist bereits in den Motiven darauf hingewiesen worden, daß durch die Vorschrift dieses § der proceßrechtlichen Frage nicht präjudizirt wird, ob zu Vermeidung eines doppelten Verfahrens, namentlich einer doppelten Beweisführung und einer sich widersprechenden Rechtskraft, eine Combination beider Processe für angemessen zu halten sei.

---

§ 146. Kann mit einer Klage ein Hauptgegenstand in Anspruch genommen werden, welchem sich als Nebengegenstand Ansprüche anschließen, weil dem Kläger die Ausübung seines Rechtes entzogen worden war, oder weil ihm der Hauptgegenstand seines Rechtes nicht ungeschmälert geleistet werden kann, so findet wegen dieser Nebengegenstände eine Rechtsverfolgung nur in Verbindung mit dem Hauptgegenstande statt, und sie können nicht durch eine eigene Klage gefordert werden.

Motive. In diesem § ist blos so viel ausgesprochen, daß, wenn eine Klage gar nicht auf Schäden, als Nebenforderung, gerichtet ist, die Anstellung einer besonderen Klage wegen solcher nicht statt hat. Hierdurch ist der Fall, wo Schäden zwar gefordert, aber noch nicht quantificirt, sondern neben der Hauptsache als erweisliche petirt werden, nicht ausgeschlossen; vielmehr hat der Richter sich in diesem Falle in dem Erkenntnisse über die Hauptsache zugleich darüber auszusprechen, ob die Sache zur Formirung eines Schädenanspruches geeignet sei und es bleibt, wenn der Schädenanspruch im Allgemeinen für begründet erklärt wird, dem Kläger die Ausführung erweislicher Schäden mittelst besonderer Klage vorbehalten.

In den Motiven war auch der gemeinrechtlichen Ausnahme der Confessorienklage eines condominus gedacht. Nach dem B. G.-B. § 332 hat sich jedoch diese Ausnahme erledigt, weil darnach die gegen den einzelnen condominus ergangene richterliche Entscheidung den übrigen condominis weder nützt noch schadet. Die Berechtigung der übrigen condomini, welche an dem Rechtsstreite des einzelnen condominus nicht Theil genommen haben, wegen der Schäden, die sie durch eine Störung der Dienstbarkeit erlitten haben, separat zu klagen, enthält daher keine Ausnahme mehr von der in gegenwärtigem § ausgesprochenen Regel. Die Bemerkung in den Motiven über das Klagpetitum erweislicher Schäden neben dem Hauptpetitum findet ihre Rechtfertigung in dem § 139 des B. G.-B. Rücksichtlich der Frage, ob das Erkenntniß auf erweisliche Schäden eine Prüfung des Schädenanspruches voraussetze, hat sich eine bestimmte Praxis noch nicht gebildet.

Einzelne Anwendungen des allgemeinen Satzes der Unzulässigkeit der Geltendmachung der Nebenansprüche nach Erledigung des Hauptanspruches finden sich §§ 675. 754. 977. 986.

---

§ 147. Auf Anerkennung eines Rechtes kann geklagt werden, wenn der Kläger an der Feststellung des Rechtsverhältnisses ein gegenwärtiges rechtliches Interesse hat, welchem nicht auf andere Weise genügt werden kann.

Motive. Dieser § enthält einen Satz, welcher in der Theorie sehr bestritten ist. (Man vergl. Sintenis a. a. O., S. 237 not. 1.) Da derselbe jedoch in der Praxis recipirt war, so trug man, von demselben abzugehen, um so mehr Bedenken, als dessen bisherige Befolgung keine besonderen Uebelstände ergeben hatte.

Der Entwurf lautete in dem entsprechenden § 155 so:

Ohne Voraussetzung einer bereits stattgefundenen Rechtsverletzung kann auf — geklagt werden, wenn — genügt werden kann.

Die durch den Druck hervorgehobenen Worte waren nicht allein überflüssig, sondern konnten auch das Mißverständniß veranlassen, als ob das B. G.-B. die Nativität der Klage von einer bereits stattgefundenen Rechtsverletzung abhängig machte, während dieß nach den §§ 158. 1016 nicht der Fall ist. Man hat deßhalb diese Worte bei der Schlußredaction gestrichen[1]. Ob und in wie weit mit der Klage auf Anerkennung einer Forderung oder eines Rechts an einer Sache zugleich auf Sicherstellung geklagt werden könne, z. B. in einem Falle der in § 943 des B. G.-B. gedachten Art, hängt von der Beurtheilung des einzelnen Falles ab.

IV. Uebergang der Klagen auf die Erben.

§ 148. Soweit Rechte und Verbindlichkeiten auf die Erben übergehen, können die bei Lebzeiten des Erblassers daraus entstandenen Klagen von den Erben und gegen die Erben angestellt werden; es wird jedoch zur Anstellung der Klagen aus Rechten an Sachen gegen Erben erfordert, daß in der Person der letzteren die Voraussetzungen der Klage vorhanden sind. Klagen aus Verhältnissen, welche mit dem Tode des Berechtigten oder Verpflichteten erlöschen, gehen nur rücksichtlich der bei ihren Lebzeiten erwachsenen und des Ueberganges durch Erbrecht fähigen Ansprüche auf und gegen die Erben über.

Motive. In diesem § ist der allgemeine Grundsatz aufgestellt worden, daß, soweit Rechte und Verbindlichkeiten auf die Erben übergehen, auch die bei Lebzeiten des Erblassers daraus entstandenen Klagen activ und passiv auf die Erben übergehen. Für die Delictsobligationen folgt hieraus, daß die Beschränkungen, an welche das Röm. Recht den Uebergang derselben auf die Erben des Schuldigen knüpfte, nicht mehr bestehen, sondern in so weit die Vorschriften des canonischen Rechts, nach welchem die Erben (soweit die Kräfte des Nachlasses reichen) unbedingt haften, anwendbar sind. Soviel die Klagen aus Realrechten betrifft, so beruht die darauf bezügliche Bestimmung auf dem Unterschiede, welcher zwischen den aus einer Verletzung dieser Rechte hervorgehenden rechtlichen Folgen

---

1. Die Ansichten der Praxis über die Zulässigkeit der Klage auf Anerkenntniß eines Rechts ergeben sich aus den in den Annalen a. a. O. Bd. 1, S. 472. Bd. 3, S. 371. N. F. Bd. 3, S. 313 mitgetheilten Präjudizien.

zu machen ist. Soweit es sich dabei um das dingliche Recht selbst handelt, kann eine Klage, welche gegen den Erblasser begründet war, nur dann gegen die Erben angestellt werden, wenn deren Voraussetzungen auch bei diesen vorhanden sind, z. B. wenn sie das Object, welches vindicirt werden soll, besitzen, oder wenn sie, soviel die Negatorien- oder Confessorienklage betrifft, die von ihrem Erblasser geschehene Störung wiederholen oder in dem von diesem durch die Störung herbeigeführten Zustande beharren. Soweit dagegen aus der Verletzung der Realrechte eine Verbindlichkeit zur Schadloshaltung des Realberechtigten entstanden ist, haften die Erben ganz so, wie bei anderen persönlichen Verbindlichkeiten ihres Erblassers, z. B. würde hierher auch der Fall gehören, wenn der Erblasser in der Absicht, sich der Vindication zu entziehen, den fremden Gegenstand veräußert hätte (si dolo malo possidere desiit).

Ueber die Haftung der Erben für die unerlaubten Handlungen ihres Erblassers ist das oben zu § 116 S. 158 not. 1 Gesagte zu vergleichen, an welcher Stelle zugleich erwähnt worden ist, daß die an cap. 5 X. de Rapt. c. 9 X. de usur. cap. 14 X. de sepulturis sich anknüpfende Controverse, ob die Erben für die unerlaubten Handlungen ihres Erblassers in infinitum oder blos nach den Kräften der Erbschaft haften, für Sachsen keine praktische Bedeutung hat.

Bestimmungen, welche den Uebergang der Forderungen des Erblassers auf die Erben von gewissen Voraussetzungen abhängig machen, finden sich in dem B.G.-B. mehrere, z. B. §§ 1060. 1490. 1553. 1587. Für die Frage, in wie weit das Recht des Erblassers auf Alimente oder auf einen Auszug von den Erben geltend gemacht werden kann, sind die §§ 1154. 1155. 1164—1167. 1849. 1850. 2476 des B. G.-B. maßgebend.

Bei den sog. alternativen Obligationen geht das Wahlrecht des Gläubigers und Schuldners auf die Rechtsnachfolger des Wahlberechtigten über (§§ 802. 803 in Verbindung mit §§ 852. 964. 965. 2181. 2479. 2480 des B.G.-B.). Dieß gilt schon nach gemeinem Recht unzweifelhaft und hat auch einen guten Grund für sich. Denn das Wahlrecht bei der sog. alternativen Obligation hat, wenigstens in der Regel, nichts rein Persönliches, vielmehr steht dasselbe in Beziehung auf die Frage des Ueberganges auf die Rechtsnachfolger jedem andern Recht insofern ganz gleich, als natürlich auch dieses den Willen des Berechtigten, dasselbe auszuüben, voraussetzt.

Von einem Uebergange der Verbindlichkeit auf Vorzeigung einer Sache oder Urkunde auf die Erben kann, da diese nach § 1565 die Inhabung der Sache oder Urkunde voraussetzt, keine Rede sein.

V. Wegfall der Klagrechte:

1. Durch Zusammentreffen mehrerer Klagen.

§ 149. Wenn mehrere Klagen aus demselben Grunde zu Erreichung eines und desselben Zweckes zustehen und eine derselben zum Ziele geführt hat, so erledigen sich die übrigen. Ist der Gegenstand der zusammentreffenden Klagen von ungleichem Umfange und die Klage von geringerem Umfange durchgeführt worden, so kann mit der anderen Klage das Mehrere nachgefordert werden.

Motive. Zu der in diesem § erwähnten Collision mehrerer Rechtsmittel wird Identität des juristischen Zweckes oder Inhaltes gefordert; es findet

daher eine solche nicht statt bei bloßer Concurrenz mehrerer, zwar auf dieselbe Thatsache gegründeter, aber auf verschiedene Ansprüche gerichteter Klagen, oder bei dem Zusammentreffen mehrerer Klagen gegen verschiedene Personen oder mehrerer Personen gegen dieselben Verpflichteten. Ob eine Collision mehrerer Klagen, wie sie in diesem § vorausgesetzt wird, vorhanden sei, kann in dem einzelnen Falle zweifelhaft sein, der Grund des Zweifels wird aber dann lediglich in der factischen Gestaltung des concreten Falles liegen und nach dieser Richtung hin läßt sich natürlich die Lehre nicht erschöpfen.

Einzelne Beispiele eines Zusammentreffens mehrerer Klagen, wie dasselbe der vorstehende § voraussetzt, sind z. B. die rei vindicatio und die condictio furtiva oder auch eine andere Contractsklage wegen einer und derselben Sache, die actio ex Lege Aquilia und die Contractsklage wegen eines durch Verschuldung verursachten Schadens, die Contractsklage und die sog. condictio ex testamento wegen einer dem Gläubiger vermachten Schuld. Für die hier fragliche Klagenconcurrenz gilt der im § aufgestellte Grundsatz, daß, wenn die zusammentreffenden Klagen von gleichem Umfange sind, und die eine derselben zum Ziele geführt hat, die andere sich erledigt, und wenn die mehreren Klagen von ungleichem Umfange sind und die Klage von geringerem Umfange durchgeführt worden ist, mit der anderen das plus nachgefordert werden kann. Dagegen hat die bloße Anstellung der einen Klage auf die andere keinen Einfluß. In wie weit ein rechtskräftiges richterliches Urtheil, welches die eine Klage abgewiesen hat, der andern Klage entgegengesetzt werden kann, ist nach den allgemeinen Regeln über die Wirkung der res judicata zu beurtheilen. Uebrigens können für die mehreren concurrirenden Klagen verschiedene Verjährungsfristen bestehen und es ist also möglich, daß die eine Klage verjährt ist, während die andere es noch nicht ist, also unter Umständen nicht mehr der umfassendere, sondern der auf ein minus gehende Anspruch geltend gemacht werden kann. In wie weit ein Verzicht auf die eine Klage auch auf die andere zu beziehen sei, ist nach den allgemeinen Grundsätzen über die Auslegung des Verzichts zu beantworten.

Eine Concurrenz der Klagen liegt nicht vor, wenn aus dem ursprünglichen Rechtsgeschäfte und aus einem einfachen Anerkenntnisse, wohl aber, wenn aus dem ursprünglichen Rechtsgeschäfte und aus einem Anerkenntnißvertrage geklagt wird. Im letzteren Falle würde sich daher die Klage aus dem Anerkenntnißvertrage durch den Delateid über das ursprüngliche Rechtsgeschäft nicht erledigen.

Die Frage, ob, wenn eine unerlaubte Handlung von verschiedenen Gesichtspunkten aus eine Rechtsverletzung enthält, mehrmals Schadenersatz gefordert werden kann, ist in § 775 des B. G.-B. entschieden.

---

2. Durch Verjährung.

§ 150. Klagen verjähren in der Regel, wenn ihre Anstellung dreißig Jahre unterlassen worden ist.

Motive. Man hat die veraltete, zu allerhand Verwirrungen Anlaß gebende Schuleintheilung in erwerbende und erlöschende Verjährung verlassen. Bei einer Prüfung der römischen Gesetze liegt vor Augen, daß es nachstehende drei Arten der Rechtsveränderung durch Zeitablauf giebt: 1) die Ersitzung (usucapio), 2) das Erlöschen der Rechte an Sachen durch unterlassene Ausübung des Rechtsbesitzes (nonusus im eigentlichen Sinne), 3) die Verjährung der Klagen (praescriptio actionum). Indem man nach der früher gangbaren Doctrin diese völlig ungleichartigen Rechtsinstitute blos wegen einiger Aehnlich-

keiten, welche sie mit einander hatten, zusammenwarf, erzeugte man eine Unklarheit über das Wesen der Sache und eine zu allerhand Uebelständen führende Verwirrung der Begriffe. Man war in dessen Folge genöthigt, eine Anzahl allgemeiner Sätze aufzustellen und von der vermeintlichen Regel, daß alle Rechte verjährbar wären, eine Menge von größtentheils auf willkürlichen Voraussetzungen beruhenden Ausnahmen zu machen und rief dadurch eine Reihe von Zweifeln, Streitigkeiten und Ungewißheiten sowohl in der Wissenschaft, als im Leben hervor. Denn jene allgemeinen Sätze, sowie die Ausnahmen davon sind weiter nichts als die Producte einer in Irrwegen befangenen Theorie, da das Recht eine Verjährung aller Rechte, als allgemeines Institut, gar nicht kennt, vielmehr blos einzelne Rechte als verjährbar bezeichnet. Daß man durch die Verbindung der Ersitzung, als der erwerbenden Verjährung, mit der sogenannten erlöschenden Verjährung unter dem gemeinsamen Namen der Verjährung einen Begriff ohne alle juristische Realität geschaffen hat, davon liegt ein sehr schlagender Beweis darin, daß bis diesen Augenblick noch kein Anhänger jener unrichtigen Ansicht im Stande gewesen ist, den allgemeinen Begriff der Verjährung anzugeben, und welche Verwirrung in dem Einzelnen herrschen müsse, wenn man sich über das Ganze der Lehre in einer solchen Unklarheit befindet, läßt sich leicht ermessen.

In dem Gesetzbuche hat man die verschiedenen Arten der Veränderung der Rechte durch Ablauf der Zeit schon äußerlich im System aus einander gehalten und von der Klagenverjährung an gegenwärtiger Stelle, von der Ersitzung des Eigenthumes unter den Erwerbsarten des letzteren (§§ 271—286 des Entwurfs, §§ 260—275 des B. G.-B.), von der Ersitzung der Dienstbarkeiten unter den Erwerbsarten der letzteren (§§ 593—605 des Entwurfs, §§ 577—589 des B. G.-B.), von dem Erlöschen dinglicher Rechte durch unterlassene Ausübung des Rechtsbesitzes unter den Erlöschungsgründen der Dienstbarkeiten (§§ 612—615 des Entwurfs, §§ 596—599 des B. G.-B.), endlich von der sogenannten kurzen Verjährung der Forderungen unter den Erlöschungsgründen der letzteren (§§ 1046—1048 des Entwurfs, §§ 1016—1018 des B. G.-B.) gehandelt.

Das Gesetzbuch hat eine dreißigjährige Verjährung, sowohl der dinglichen, als der persönlichen Klagen angenommen und es verjährt daher insbesondere auch die Vindicationsklage, und zwar ohne Unterschied, ob die Sache eine res furtiva ist oder nicht, in dreißig Jahren. Fälle, in welchen die Verjährung der Vindicationsklage von Einfluß sein kann, sind unter anderen erstens der, wo Jemand eine Sache, welche er aus einem vermeintlichen, jedoch nicht rechtsgültigen Titel an sich gebracht hat, bona fide besitzt, zweitens der, wo Jemand einen rechtsgültigen Titel hat, insbesondere die Sache nach ihrem vollen Werthe bezahlt hat und sich nicht für verbunden ansieht, dem Eigenthümer, welcher vielleicht weiß, in wessen Händen seine Sache ist, sich jedoch um dieselbe nicht bekümmert, freiwillig entgegen zu kommen. Schon das alte Sachsenrecht kennt eine Verjährung der Vindicationsklage mit dem Charakter einer erlöschenden Verjährung (Sachsenspiegel, Bd. 1, Art. 26: „an Eigen und Erb mag sich der Sachse verschweigen bei 30 Jahren und Jahr und Tag") und nach unserer bisherigen Praxis ist die Existenz derselben ebenfalls nie bezweifelt worden.

Nach dem § 150 wird die Klagenverjährung ohne allen Unterschied mit dem Ablaufe von 30 Jahren vollendet; die Vorzugsrechte, deren gewisse Personen in Beziehung auf die Verjährungsfrist bisher theilhaftig waren, z. B. Kirchen, milde Stiftungen, fiscus, hören also mit dem Eintritte der Wirksamkeit des Ge-

setzbuches auf. Die dreißigjährige Frist ist eine so lange, daß sie unter allen Verhältnissen ausreicht. Zudem haben sich die Gründe, auf welchen das jenen Anstalten in Beziehung auf die Verjährungsfrist zustehende jus singulare beruhte, gegenwärtig fast sämmtlich erledigt. Wenigstens liegt bei der hinreichenden Zahl der diesen Anstalten zu Gebote stehenden, mit der Vermögensverwaltung betrauten Beamten, bei der genauen Controle, welcher diese Beamten verfassungsmäßig unterworfen sind, bei der fast beendigten Ablösung des größten Theiles der gerade schwierig zu überwachenden Gerechtsame, bei der vereinfachten Gesetzgebung überhaupt ein Bedürfniß der fortdauernden Aufrechthaltung der bisherigen längeren Verjährungsfristen nicht vor. Bloße Billigkeitsgründe, wären selbst solche, wie man nicht zugeben kann, vorhanden, würden aber dem wünschenswerthen Principe der Vereinfachung gegenüber keinen Einfluß haben können. In jedem Falle ist die Vorschrift in § 162 des Entwurfs (§ 154 des B. G.-B.) geeignet, die angegebenen Anstalten gegen Benachtheiligungen aus dem Ablaufe der Verjährungsfrist sicher zu stellen.

Uebrigens bedarf es wohl nicht erst der Bemerkung, daß, wenn in dem Gesetzbuche für die Geltendmachung einzelner Rechte eine kürzere Verjährungsfrist, als die dreißigjährige, ausdrücklich bestimmt ist, z. B. §§ 1093. 1099. 1203. 1290. 1562. 1589. 1617. 1697. 2649. 2386. 1047 folg. des Entwurfs (§§ 1063. 1069. 1174. 1261. 1532. 1559. 1666. 2616. 1016 folg. des B. B.-G.), die Anwendbarkeit der Vorschrift in diesem § ausgeschlossen ist. Diese Fälle, in welchen die Verjährung eine kürzere Dauer hat, sind größtentheils solche, in welchen die Klage schon nach dem bisherigen Rechte keine sog. perpetua war.

Ueber die Frage, ob und in wie weit diese Abkürzung der Verjährungsfrist auf laufende Verjährungen anzuwenden sei, ist § 17 der P.-V.-O. und das dazu Bemerkte S. 17 zu vergleichen.

Wenn in dem gegenwärtigen Abschnitte von der Verjährung der „Klagen (actiones)“ die Rede ist, so wird es nach dem über den Begriff der Klage (actio) Gesagten einer weiteren Bemerkung zu dem Ausschlusse des Mißverständnisses, als ob das Gesetzbuch Obligationen und Actionen für verschiedene Begriffe ansehe, nicht bedürfen. Man hat mitunter die Behauptung aufgestellt, es wäre zweckmäßiger gewesen, statt des Wortes „Klagen“ das „Ansprüche“ zu gebrauchen. Indessen ist das letztere Wort ein erst von den neuern Theoretikern in Umlauf gesetztes, im praktischen Leben noch nicht als terminus technicus anerkanntes Wort. Zudem würden darunter höchstens Obligationen oder Forderungen begriffen sein. Hier ist aber nicht blos von der Verjährung der actiones in personam, sondern auch der actiones in rem die Rede.

Für die Berechnung der Verjährungsfristen sind die §§ 82—87 maßgebend. Hierdurch erledigt sich der Unterschied, welcher nach römischem Rechte in so fern bestand, als bei den actionibus in rem auch der letzte Tag der Verjährungsfrist abgelaufen sein mußte, wenn die Verjährung als vollendet angesehen werden sollte, dagegen die Verjährung bei den actionibus in personam als vollendet galt, wenn der letzte Tag der Verjährungsfrist begonnen hatte. (Man vergl. Hug. Donelli comment. jur. civ. l. l. t. 10 pag. 230.)

---

§ 151. Unverjährbar sind Klagen auf Familienzustände, auf Theilung einer Gemeinschaft an Sachen, auf Feststellung von Grenzen und auf im Grund- und Hypothekenbuche eingetragene Rechte, mit Ausnahme der Ansprüche auf verfallene Zinsen und verfallene andere Leistungen als Nebengegenstände.

Motive. Soweit es sich um einzelne, aus dem status familiae oder aus einer communio entstandene Rechte handelt, verjähren dieselben natürlich wie alle übrigen Rechte. Unter den in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragenen Rechten, welche unverjährbar sind, ist auch das Eigenthum an unbeweglichen Sachen mit begriffen; so wenig diese Sachen ersessen werden können, so wenig ist eine Verjährung der Vindicationsklage rücksichtlich derselben statthaft.

Soviel die im § erwähnten Familienzustände betrifft, so liegt der Grund der Unverjährbarkeit der aus denselben entspringenden Klagen (§§ 1855—1857) darin, daß, so lange diese Zustände bestehen, auch die aus denselben hervorgehenden rechtlichen Folgen fortdauern müssen. Zum Ausschlusse der actio communi dividundo wäre vorauszusetzen, daß der auf Theilung provocirende Communionsinteressent sein Miteigenthum verloren hätte. So lange dagegen die Gemeinschaft dauert, so lange kann auf Theilung geklagt werden. Bei der actio finium regundorum kann von einer Verjährung keine Rede sein, weil diese bei Grundstücken durch das sog. Ingrossationssystem ausgeschlossen ist.

---

§ 152. Durch Privatverfügung kann nicht bestimmt werden, daß ein unverjährbares Klagrecht verjährbar, oder ein verjährbares Klagrecht unverjährbar sein soll. Die dreißigjährige Verjährung kann durch Privatverfügung nicht verlängert werden. Bei kürzerer Verjährung ist eine Verlängerung bis zu dreißig Jahren zulässig und ein Verzicht auf die kurze Verjährung hat die Folge, daß die Forderung der dreißigjährigen Verjährung unterliegt. Jede Art von Verjährung kann durch Privatverfügung abgekürzt werden.

Motive. In diesem § ist der Grundsatz ausgesprochen, daß durch Privatverfügung weder ein unverjährbares Klagrecht zu einem verjährbaren, noch ein verjährbares Klagrecht zu einem unverjährbaren gemacht werden kann. Beides hat den Grund, daß für die Bestimmung sowohl der Verjährbarkeit als der Unverjährbarkeit der Klagrechte öffentliche Rücksichten entscheidend sind, auf welche den Privatverfügungen der Einzelnen irgend ein Einfluß nicht zugestanden werden kann. Ein gleiches Verhältniß tritt bei der Frage ein, ob die dreißigjährige Verjährung durch Uebereinkunft der Interessenten im Voraus verlängert werden könne. Denn auch hier macht sich die allgemeine ratio der Verjährung, ne jura diu incerta sint, geltend. Soviel dagegen die Verjährungen betrifft, welche in kürzeren Zeiträumen vollendet werden, so liegt der Feststellung der Fristen für dieselben die Berücksichtigung des Privatinteresses des Verpflichteten zu Grunde und es steht der vollen Wirksamkeit der auf Bestimmung einer anderen kürzeren oder längeren Verjährungszeit gerichteten, im Voraus geschlossenen Verträge, sofern nur im Falle der Verlängerung der Zeitraum von dreißig Jahren nicht überschritten wird, kein Hinderniß entgegen, zumal in einigen hierher gehörigen Fällen, z. B. der Gewährleistung, die kurze Verjährung überall da nicht statt hat, wo ein besonderes Versprechen geleistet worden ist. Von demselben Gesichtspunkte aus muß auch eine Privatverfügung, durch welche die dreißigjährige Verjährung abgekürzt wird, als zulässig betrachtet werden.

Wenn der kurzen Verjährung im Allgemeinen entsagt worden ist, ohne nähere Bestimmung einer anderen Frist, so spricht die Vermuthung für die dreißigjährige als die zulässig längste.

In wie weit ein Verzicht auf die Wechselverjährung statthaft sei, hat das Gesetzbuch nicht entschieden, weil, soweit es sich dabei um Wechsel handelt, welche unter die allg. D. W.-O. fallen, dem Wechselrechte eigenthümliche Verhältnisse zu berücksichtigen sind, deren Regelung dem Bürgerlichen Gesetzbuche fern liegt, und soweit etwa die sog. wechselmäßigen Schuldverschreibungen (Schuldverschreibungen mit Wechselclausel) in Frage kommen, zunächst die hier ebenfalls nicht zu erörternde Frage in den Gesichtskreis tritt, ob dieselben in Beziehung auf die Verjährung nach dem Wechselrechte oder nach dem Civilrechte zu beurtheilen sind, und wenn das Letztere anzunehmen sein sollte, ein Zweifel über die Anwendbarkeit des gegenwärtigen § überhaupt gar nicht denkbar wäre.

In Beziehung auf die zuletzt erwähnte Wechselverjährung ist zu bemerken, daß bei Wechseln, welche unter die allg. D. W.-O. fallen, Verzichte auf die Verjährung und vertragsmäßige Verlängerung der Verjährungsfrist nach dem Geiste der W.-O. in dem Contexte der Wechsel ausgeschlossen sind[1]. Unter der „Privatverfügung" ist auch die Verfügung durch letzten Willen zu verstehen.

Uebrigens würde das Verbot des Verzichts auf die kurze Verjährung eine völlig ungerechtfertigte Beschränkung der Freiheit in Schließung der Verträge enthalten, und überdieß noch in so fern rein illusorisch sein, als die Interessenten Dasselbe, was mit einem solchen Verzicht zu erreichen ist, auf verschiedenen andern Wegen, z. B. durch Novation, Beifügung eines dies u. s. w. erreichen könnten.

---

§ 153. Die Verjährung ist nicht amtswegen zu berücksichtigen.

Motive. Durch diesen § ist die singuläre Bestimmung der Const. 25, P. 1, daß der Richter die Einrede der Verjährung, wenn sie auch nicht vorgeschützt, jedoch aus den Acten sofort liquid ist, amtswegen zu berücksichtigen habe, ohnstreitig im allgemeinen Interesse aufgehoben worden.

Schon nach der Const. 25, P. 1 konnte der Fall, daß die Einrede der Verjährung, obschon sie nicht vorgeschützt worden war, amtswegen berücksichtigt werden konnte, streng genommen, gar nicht vorkommen, weil aus den Acten höchstens der Ablauf der Verjährungsfrist ersichtlich sein kann, hieraus aber nicht folgt, daß die Verjährung, welche auch unterbrochen sein kann, vollendet sei. Der vorstehende § hat auch nur bei der Wechselverjährung Anstoß gefunden und dieß hat hier einen ganz besonderen Grund, weil nach Art. 80 der allg. D. W.-O. die in den Artikeln 77—79 bestimmte Verjährung nur durch Behändigung der Klage unterbrochen werden kann. Die Frage gestaltet sich aber hier so: ist die Wechselverjährung, trotz ihrer Eigenthümlichkeit, unter die Vorschriften des Gesetzbuchs über die Verjährung zu subsumiren? und würde diese Frage verneint, so erledigte sich die Anwendbarkeit des gegenwärtigen § auf Wechsel von selbst. Im Uebrigen bedarf es aber wohl nicht erst der Bemerkung, daß es nicht einer speciellen Ausflucht der Verjährung bedarf, sondern auch andere Worte, in welchen der Sinn liegt, es sei die Forderung oder das Recht an der Sache durch den Ablauf der Zeit erloschen, hinreichen. Ob, wenn in der Klage die Zeit der Nativität der Klage nicht mit Bestimmtheit angegeben ist, der Beklagte, welcher Verjährung excipirt, auch den Anfang der Verjährung zu beweisen habe, ist eine processualische Frage, die zwar nicht hierher gehört, für deren Bejahung wir uns aber entscheiden würden.

---

1. Kuntze, Deutsch. Wechselrecht S. 111 unter No. VI. — Dagegen läßt sich nicht bezweifeln, daß ein einzelner Wechselschuldner dem einzelnen Wechselgläubiger gegenüber auf die Verjährung verzichten kann.

In diesem § liegt zugleich, daß die Wirkung der Verjährung durch Einrede geltend zu machen ist und auf dieselbe sowohl stillschweigend, durch Nichtgeltendmachung der Einrede, als auch ausdrücklich verzichtet werden kann.

---

§ 154. Gegen Personen, für welche eine gesetzliche Vertretung stattfindet, kann, so lange diese nicht vorhanden ist, die Verjährung nicht beginnen. Eine begonnene Verjährung wird in ihrem Laufe durch zeitweiligen Mangel der Vertretung nicht gehemmt. Nur wenn der Mangel in das letzte Jahr der Verjährung oder in eine Verjährung von einjähriger oder kürzerer Dauer fällt, läuft während der Zeit, wo dieser Mangel bestand, keine Verjährung.

Motive. In diesem § ist die im Wesentlichen blos zum Vortheile bevormundeter Personen getroffene Vorschrift, daß wider dieselben in der Zeit, wo sie nicht vertreten sind, eine Verjährung nicht beginnen könne, eine begonnene Verjährung aber in ihrem Laufe durch zeitweiligen Mangel der Vertretung nicht gehemmt werde, jedoch, wenn dieser Mangel in das letzte Jahr der Verjährungszeit oder in eine Verjährung von einjähriger oder kürzerer Dauer fällt, während der Zeit, wo dieser Mangel besteht, die Verjährung nicht laufe, wegen der Gleichheit der Verhältnisse auch auf die juristischen Personen, rücksichtlich deren das gemeine Recht eine praescriptio dormiens wegen Mangels der Vertretung nicht kannte, extendirt worden. In der Regel wird diese Bestimmung nur auf Anstalten, namentlich milde Stiftungen, Anwendung finden, welche entweder ganz selbständig, oder zwar der Aufsicht des Staates unterworfen sind, aber in der Verwaltung ihres Vermögens besonders vertreten werden, während der fiscus, welcher nach der Verordnung vom 7. November 1831, die Einrichtung der Ministerialdepartements betreff., sub B, durch die Organe des Finanzministeriums dauernd vertreten wird, sich auf dieselbe wenigstens in der Regel nicht wird beziehen können. Indessen lassen sich Fälle, in welchen auch der fiscus dieses Rechts theilhaftig sein kann, als möglich denken, und da derselbe nach dem Gesetzbuche im Allgemeinen die Rechte der juristischen Personen hat, so trug man Bedenken, in Beziehung auf ihn eine Ausnahme von der Regel zu machen.

Die Worte „Personen, für welche eine gesetzliche Vertretung stattfindet" bedürfen einer Erläuterung. Darunter sind nämlich, außer den in den speciellen Motiven erwähnten juristischen Personen, zu verstehen: Minderjährige, ingleichen Geisteskranke von der Zeit an, wo sie unter Vormundschaft hätten gestellt werden sollen, endlich gerichtlich erklärte Verschwender von der Zeit an, wo sie unter Vormundschaft gestellt worden sind. Die Vormundschaft über Abwesende ist eine bloße cura bonorum (§ 1990 des B. G.-B.) und es leidet daher der gegenwärtige § auf dieselbe keine Anwendung. Eine ungeborene Leibesfrucht würde für den Fall ihrer Geburt nach Analogie der Minderjährigen zu beurtheilen sein. Der Ausbruch des Concurses ist ohne Einfluß auf den Beginn und Lauf der Verjährung von Ansprüchen, welche gegen den Gemeinschuldner, oder diesem zustehen, mit alleiniger Ausnahme der weiter unten zu § 157 erwähnten Fälle.

Wenn in den im gegenwärtigen § angegebenen Fällen die Verjährung in ihrem Laufe gehindert worden ist, so wird die Zeit, während deren dieß der Fall gewesen, nach Beseitigung des Hindernisses zu der Zeit hinzugerechnet, welche noch zur Vollendung der Verjährung erforderlich ist. Hat z. B. noch ein Monat an der Verjährung gefehlt und

hat der Mangel der Vertretung einen Monat lang gedauert, so würde die Verjährung erst nach zwei Monaten vollendet werden. Für die Fälle, in welchen etwa nur noch ein sehr kurzer Zeitraum zur Geltendmachung des Rechts übrig sein sollte, eine Frist zu bestimmen, vor deren Ablauf die Verjährung unter allen Umständen nicht vollendet werden könnte, erschien nicht zweckmäßig, weil bei unserer geordneten Gerichtsorganisation es an sich nicht wohl denkbar ist, daß im Falle des Abgangs des Vertreters nicht sofort ein anderer bestellt werden sollte und, wenn die Zeit bis zum Ablaufe der Verjährung so kurz wäre, daß an der Stelle des abgegangenen Vertreters ein anderer nicht bestellt werden könnte, dieß ein Fall wäre, in welchem es an einem Vertreter fehlte.

---

§ 155. Gegen Klagen einer unter Vormundschaft stehenden Person, welche darauf beruhen, daß die Handlung eines Vormundes angefochten wird, läuft die Verjährung von der Zeit an, wo an die Stelle dieses Vormundes ein anderer Vormund gekommen ist, oder die Bevormundung aufgehört hat.

Motive. Dieser § wiederholt im Wesentlichen die Bestimmung in § 11, Cap. XVI der allgemeinen Vormundschaftsordnung, jedoch mit der Modification, daß man auch die Zeit, wo der Bevormundete einer anderen Vertretung theilhaftig geworden ist, ausgeschlossen hat.

Da die Fälle, in welchen ein Pflegebefohlener gegen seinen Vormund aus der Führung der Vormundschaft Ansprüche hat, unter den § 156 des B. G.-B. fallen, so können unter den im vorstehenden § erwähnten Klagen nur solche verstanden werden, welche dem Pflegebefohlenen gegen Dritte zustehen. Dergleichen Klagen, mit welchen die Anfechtung der Handlung des Vormundes bezweckt wird, sind namentlich dann denkbar, wenn der Vormund Vermögen des Pflegebefohlenen gegen die Vorschrift in §§ 1942—1944. 1946. 1947 des B. G.-B. veräußert und dem Dritten, welcher sich in bona fide befunden, übergeben hat. In diesen Fällen würde weder der § 154 noch der § 156 anwendbar sein.

Noch ist darauf aufmerksam zu machen, daß das B. G.-B. bei den Veräußerungen, welche der Vormund gegen die angegebenen §§ 1942 folg. vorgenommen hat, in so fern eine relative Nichtigkeit annimmt, als nach §§ 1948. 1998 der Pflegebefohlene, wenn die Vormundschaft beendigt ist, die Veräußerung nur innerhalb drei Jahren, von der Zeit der Beendigung der Vormundschaft an, als nichtig anfechten kann. Die Vorschrift hat wegen des Ingrossationssystems Vieles an seiner frühern praktischen Bedeutung verloren.

---

§ 156. Eine Verjährung kann weder anfangen noch laufen bei Klagen zwischen Ehegatten während der Ehe, zwischen Vormündern und Pflegebefohlenen während der Vormundschaft, zwischen dem leiblichen Vater und dem leiblichen Kinde, zwischen dem an Kindesstatt Annehmenden und dem Angenommenen während der väterlichen Gewalt. Dasselbe gilt im Falle einer nach § 1621 nichtigen Ehe bei den Klagen des Theiles, welchem das Ehehinderniß unbekannt ist.

Motive. Zu erwähnen ist zu diesem §, daß man erstens unter den Fällen, in welchen wegen der besonderen Beziehungen der sich als berechtigt und verpflichtet einander gegenüberstehenden Personen ein Schlafen der Verjährung

anzunehmen ist, unter anderen auch den vielleicht am meisten zweifelhaften mit begriffen hat, wo der Vormund einen Anspruch an den Pflegebefohlenen hat, weil im entgegengesetzten Falle der Vormund genöthigt wäre, schon während der Vormundschaft wider den Pflegebefohlenen zu klagen, was stets Unzuträglichkeiten mit sich führt, und daß zweitens die Fassung wegen des Schlafens der Verjährung bei (absolut) nichtigen Ehen gewählt worden ist, um alle Fälle des sog. matrimonii putativi zu treffen, drittens der Moratorien, als solcher Gründe, wegen deren die Verjährung schläft, nicht gedacht worden ist, weil dieselben nach der Verfassungsurkunde vom 4. Septbr. 1831 § 54 nicht ertheilt werden sollen.

Soviel die im ersten Satze des gegenwärtigen § aufgeführten Verhältnisse betrifft, während deren Dauer für Ansprüche zwischen den Personen, welche in einem solchen Verhältnisse zu einander stehen, eine Verjährung weder anfangen noch laufen kann, so liegt die ratio der Vorschrift in der Unmöglichkeit oder doch Unzweckmäßigkeit der Geltendmachung der Ansprüche. Diese ratio tritt z. B. nicht ein, wenn Kinder gegen ihre leibliche Mutter, vorausgesetzt daß sie nicht etwa als Vormund bestellt worden ist, oder gegen ihren leiblichen Vater, welcher die väterliche Gewalt nicht hat, Ansprüche haben.

Soviel die Ehegatten betrifft, so findet der vorstehende § keine Anwendung auf Anträge, welche die Nichtigkeitserklärung, Aufhebung und Scheidung der Ehe bezwecken, indem für diese besondere Bestimmungen gelten (z. B. §§ 1624. 1625. 1719. 1739. 1744 des B. G.-B.).

Der Schlußsatz des gegenwärtigen § steht mit dem § 1628 in Uebereinstimmung.

Der Fall, in welchem eine Stiftung gegen ihren Vertreter Ansprüche hat, würde unter den § 154 zu subsumiren sein, weil die Stiftung für die Geltendmachung ihrer Ansprüche an ihren eigenen Vertreter nicht vertreten ist. Anders wäre der Fall zu beurtheilen, in welchem der Vertreter Ansprüche an die Stiftung hat. Denn der gegenwärtige § bezieht sich nicht auf das Verhältniß der Vertreter der Stiftung zu dieser. Auch läßt sich nicht sagen, daß der Vertreter der Stiftung außer Stande sei, seine Ansprüche wider die Stiftung geltend zu machen, indem er auf Bestellung eines Actors für die Stiftung antragen kann.

---

§ 157. Wird Jemand durch höhere Gewalt oder durch Stillstand der Rechtspflege an der gerichtlichen Verfolgung seines Rechtes gehindert, so beginnt und läuft während dieses Hindernisses gegen ihn keine Verjährung.

Motive. In diesem § hat man mit dem Ausdrucke „Gewalt“ darauf hinzuweisen beabsichtigt, daß die in diesem § erwähnten, den Beginn und den Lauf der Verjährung hindernden Gründe lediglich solche seien, welche eine Unmöglichkeit zu handeln herbeiführen, und daher Ereignisse, welche in der Subjectivität des Berechtigten liegen, wie z. B. Krankheiten, sofern dadurch ein Handeln nicht unmöglich geworden ist, ingleichen Reisen u. s. w. nicht hierher gehören.

Wie bereits in den speciellen Motiven hervorgehoben worden ist, darf der Ausdruck „höhere Gewalt“ nicht von solchen Ereignissen verstanden werden, welche in der Subjectivität des Berechtigten liegen und blos für diesen ein Hinderniß für die Geltendmachung seines Rechts sind. Das Hinderniß des Beginnes und Laufes der Verjährung wird sich daher auf die Fälle beschränken, in welchen dem Berechtigten die Verfolgung seines Rechts wegen eines Zustandes, der ihn vorübergehend des Vernunft-

gebrauchs beraubt hat, oder wegen eines andern factischen Umstands objectiv unmöglich gewesen ist. Uebrigens macht der § keinen Unterschied, wenn das Hinderniß bestanden hat, ob zu Anfange, in der Mitte oder am Ende der Verjährungsfrist. Im römischen Rechte wurde dieser Unterschied ebenfalls nicht gemacht.

Zu den Fällen, in welchen die Rechtsregel „agere non valenti non currit praescriptio" anwendbar ist, werden gemeinrechtlich nachstehende gerechnet: 1) wenn der Schuldner ein Moratorium erlangt, 2) wenn der Erbe cum beneficio inventarii die Erbschaft angetreten hat und die ihm zu Errichtung des Inventars gewährte Frist noch nicht abgelaufen ist, 3) wenn Baumaterialien in ein fremdes Grundstück eingebaut worden sind. Von diesen Fällen ist aber keiner mehr praktisch, weil zu 1) Moratorien in Sachsen nicht gegeben werden dürfen, wie bereits oben bemerkt worden ist, zu 2) das gemeinrechtliche sog. beneficium inventarii bei uns nicht gilt, zu 3) der Eigenthümer der Baumaterialien Ersatz für die letzteren fordern kann (§ 287 des B. G.-B.).[1] Dagegen sind dem Sächs. Recht zwei auf das Wechselrecht bezügliche Fälle einer praescriptio dormiens eigenthümlich. Erstens bestimmt das Gesetz über den Schuldarrest und den Wechselproceß v. 7. Juni 1819 § 20 „daß wider einen Gemeinschuldner während des Concurses auf die bei dessen Eintritt bereits bestandenen Schuldansprüche der Wechselarrest nicht verfügt, auch, wenn er bei Ausbruch des Concurses bereits verfügt ist, nicht fortgesetzt werden kann, — dagegen, so lange der Concurs dauert, die Verjährung der Wechselklagen schläft." Zweitens enthält das Gesetz, die Militärgerichtsbarkeit betreff. v. 23. April 1862 in § 60 die Vorschrift, „daß die Vollziehung des Schuldarrests gegen im activen Militärdienst stehende Personen unter allen Umständen nicht zu verfügen ist — dagegen in dieser Zeit keine Verjährung der aus einer Schuldverschreibung nach Wechselrecht wider jene Personen zuständigen Klagen läuft."

Nach § 29 der Verordnung, den Gerichtsstand der Militärpersonen in bürgerlichen Rechtssachen und einige auf die bürgerlichen Rechtsverhältnisse dieser Personen bezügliche Bestimmungen betreff. vom 4. Decbr. 1867 findet die Vollziehung des Personalarrests wegen Schulden gegen die im Dienste befindlichen Militärpersonen nicht statt. Ob die im Gesetz vom 23. April 1860 § 60 enthaltene Vorschrift wegen der praescriptio dormiens noch gilt, ob, nachdem die Wechselhaft aufgehoben worden, der § 20 des Gesetzes vom 7. Juni 1849 überhaupt noch anwendbar ist, läßt sich nicht mit Bestimmtheit angeben.

Die Frage endlich, ob die Verjährung beginnen oder laufen könne, wenn der Klage eine Einrede entgegensteht, fällt mit der Frage, wenn actio nata sei, zusammen; es wird hier darauf zu sehen sein, ob der Berechtigte es in seiner Macht hatte, die Einrede zu beseitigen und ob er, indem er dieß nicht that, sein Recht geltend zu machen unterließ.

---

§ 158. Die Verjährung beginnt von der Zeit, wo ein Gegner des Berechtigten vorhanden ist, bei Klagen aus Forderungen von der Zeit an, wo die Leistung verlangt werden kann. Es ist nicht erforderlich, daß dem Berechtigten die Person des Gegners bekannt sei.

Motive. Der § entscheidet die in unserem bisherigen Rechte bestrittene Frage, wann die Verjährung beginne, oder wann actio nata vorhanden sei, dahin,

1. Hätte der Eigenthümer der Baumaterialien Ersatz für dieselben nicht gefordert und würden sie von dem Gebäude, mit welchem sie verbunden worden, wieder getrennt, so würde die rei vindicatio begründet sein.

daß „die Verjährung von der Zeit an beginne, wo ein Gegner des Berechtigten vorhanden sei, insbesondere bei Klagen aus Forderungen von der Zeit an, wo die Leistung verlangt werden könne, jedoch nicht erfordert werde, daß dem Berechtigten die Person des Gegners bekannt sei.“ Hiernach wird der Begriff der actio nata verschieden zu bestimmen sein, je nachdem es sich um eine dingliche oder persönliche Klage handelt. Dem dinglichen Rechte, als solchem, steht keine Verbindlichkeit gegenüber, die sogenannte negative Verpflichtung Aller, es nicht zu verletzen, ist weiter nichts, als eine aus der juristischen Natur des dinglichen Rechtes gezogene einzelne Folgerung, welche, als bloße Negation, keinen rechtlichen Inhalt hat; vielmehr erwächst dem Berechtigten, wenn sein Recht an der Sache factisch von einem Anderen verletzt wird, erst aus dieser Läsion eine delictsartige actio in personam gegen den Lädenten. Die actio in rem ist daher dann als nata zu betrachten, wenn Jemand vorhanden ist, welcher das Recht verletzt hat und daher zur Restitution des fremden Objectes oder zum Ersatze des dem dinglich Berechtigten verursachten Schadens verpflichtet ist, was in dem § mit dem allgemeinen Ausdrucke: „wenn ein Gegner vorhanden ist“ angegeben wird. Hätte z. B. der Eigenthümer seine Sache verloren und ein Dritter dieselbe erst nach Verlauf einer längeren Zeit gefunden, so würde die Verjährung der Vindicationsklage erst von der Zeit an beginnen, wo der Dritte sich die Sache anmaßte. Ebenso kann, wenn der Eigenthümer seine Sache verpachtet oder vermiethet oder verpfändet hat, eine Verjährung der Vindicationsklage erst von der Zeit an beginnen, wenn der Pachter, Miether oder Pfandgläubiger das Recht des Eigenthümers durch irgend eine äußerlich kennbare Handlung verletzt. Anders verhält es sich mit der Obligation. Denn bei dieser besteht das Object des Rechtes lediglich in der Befugniß des Berechtigten, die Erfüllung zu verlangen. Hieraus folgt, daß die Verjährung der persönlichen Klagen von der Zeit an beginnt, wo die Erfüllung der Forderung gegen die Bestimmung oder gegen die sonstige Natur des Rechtsverhältnisses ausbleibt, ohne daß es einer vorherigen Mahnung oder Verweigerung der Erfüllung von Seiten des Schuldners bedarf.

Die im gegenwärtigen § enthaltenen Vorschriften über die sog. Nativität der Klagen stimmen mit dem römischen Rechte überein[1]. Die Anwendung derselben auf einzelne Fälle reducirt sich auf die Subsumtion des gerade vorliegenden factischen Materials unter die aufgestellten Rechtssätze. In den speciellen Motiven werden einzelne besonders wichtige Fälle beispielsweise angegeben und diesen hat man nur noch nachstehende beizufügen. Einer Erwähnung bedürfen die Obligationen, welche dahin gehen, daß der Schuldner Etwas unterlassen soll. In diesen Fällen steht der Schuldner, so lange er die Handlung unterläßt, mit der übernommenen Verbindlichkeit in Uebereinstimmung; der Gläubiger befindet sich daher gar nicht in der Lage, sein Recht geltend zu machen, und es kann daher von einer Verjährung erst von dem Zeitpunkte an die Rede sein, wo der Schuldner die Handlung, deren Unterlassung ihm zur Pflicht gemacht war, vorgenommen hat. Die Klagen aus Delicten verjähren von der Zeit an, wo die Delicte verübt worden sind. Selbstverständlich kann die Verjährung eines Rechts, dessen Geltendmachung von einer Bedingung (auch potestativen), oder von einem Zeitpunkte abhängig gemacht ist, vor Eintritt der Bedingung oder des Zeitpunkts nicht beginnen (l. 7 § 4 Cod. de praescript. XXX vel XL annor.)

1. Man vergl. Hugonis Donelli comment. jur. civ. l. l. t. 10. pag. 229.

§ 159. Hängt die Geltendmachung eines Rechtes von der Willenserklärung eines Betheiligten ab, so beginnt die Verjährung erst von der Zeit der Willenserklärung, und wenn von dieser an noch eine weitere Zeit für die Geltendmachung des Rechtes festgesetzt ist, von Ablauf dieser Zeit an.

Die Motive bezogen die Bestimmung dieses § vorzüglich auch auf Forderungen, welche auf Kündigung stehen, indem sie bemerkten, daß dadurch das Generale, die Verjährung der auf Aufkündigung gestellten Schuldverschreibungen betreff. vom 14. December 1801, geändert würde. Dieß entsprach dem Entwurfe. Auf Antrag der Stände ist aber dem § 1016 des B. G.-B., aus Gründen, welche erst zu diesem § anzugeben sein werden, ein Zusatz beigefügt worden, welcher die Vorschriften des gedachten Generales theilweise wiederholt[1].

Der vorstehende § umfaßt, nach Ausscheidung der Fälle, in welchen der Gläubiger das Recht der Kündigung hat, **erstens** die Fälle, in welchen blos dem Schuldner das Recht der Kündigung zusteht, und **zweitens** die Fälle, in welchen, wie beim Commodat, Pacht- oder Miethvertrage, Depositum und Pfandvertrage, es sich um die Rückgabe der Sache handelt, indem die Verjährung des Rechts hierauf erst von dem Zeitpunkte an beginnen kann, wo der Verpflichtete auf die Aufforderung des Berechtigten die Leistung verweigert hat. In den letzteren Fällen nämlich concurrirt die actio in personam aus dem Contracte mit der rei vindicatio; **erstere** verjährt in der gewöhnlichen Zeit vom Ablauf des Contractes an, die Verjährung der **letzteren** aber kann nach dem § 158 erst dann beginnen, wenn der Inhaber, welcher alieno nomine inne hat, irgend eine Handlung vornimmt, durch welche er causam possessionis mutirt.

---

§ 160. Bei wiederkehrenden Leistungen beginnt für jede einzelne Leistung eine besondere Verjährung von der Zeit an, wo sie gefordert werden kann. Ist die Klage auf das Recht im Ganzen verjährt, so können auch nicht mehr die einzelnen Leistungen gefordert werden, bei welchen die Verjährungszeit noch nicht abgelaufen ist.

Motive. Dieser § wiederholt im Wesentlichen blos die Vorschrift der Const. 2, P. II. Hierher gehört auch die Bestimmung in § 692 des Entwurfs (§ 674 des B. G.-B.).

Wenn in dem vorstehenden § nicht unterschieden wird zwischen solchen terminlichen Leistungen, welche von einer Hauptforderung abhängen, und solchen, welche den alleinigen Inhalt einer Forderung ausmachen, so entspricht dieß dem Rechte, wie es sich auf Grund der Constit. 2, P. II. bei uns gebildet hat[2].

---

1. Dep.-Ber. der II. Kammer a. a. O. S. 790.

2. Curtius, Handbuch des geltenden Civilrechts Bd. 2 § 572 not. g. — Hätte man nicht das bisherige Sächs. Recht, welches den praktischen Bedürfnissen in jeder Beziehung genügt hat, beibehalten wollen, so würde es consequenter gewesen sein, die Bestimmung des § 160 blos auf solche Rechtsverhältnisse zu beschränken, in welchen, wie z. B. bei den Reallasten, verzinslichen Darlehnen u. s. w. die einzelnen Leistungen bloße Dependenzien des Rechts im Ganzen sind. Denn bei anderen Rechten, insbesondere bei Forderungen, welche auf wiederkehrende Leistungen, z. B. auf Unterhaltsgelder, Renten u. s. w. gehen, läßt sich neben dem Rechte auf die Leistungen,

§ 161. Die Verjährung muß ohne Unterbrechung abgelaufen sein.

Die Unterbrechungsarten sind erstens ausdrückliches oder stillschweigendes Anerkenntniß (§ 162), zweitens Anbringung der Klage bei Gericht, Geltendmachung des Rechts durch Einrede, Antrag bei Gericht auf Erlassung eines Zahlungsgebots (§§ 163. 164. 166. 167).

---

§ 162. Unterbrochen wird die Verjährung, wenn der Verpflichtete das Recht des Anderen anerkennt.

Motive. Ein stillschweigendes Anerkenntniß, welches nach diesem § die Verjährung unterbricht, würde z. B. liegen in der Bestellung eines Pfandes oder eines Bürgen, in der Zahlung von Zinsen und nach Befinden auch in Erbittung einer Stundung. Als Regel gilt, daß blos ein solches Anerkenntniß die Verjährung unterbricht, in welchem das Recht als bestehend anerkannt wird. So würde das Anerkenntniß der Thatsache, daß ein Recht vorhanden gewesen sei, wenn damit die Behauptung verbunden wird, daß es z. B. durch Zahlung oder Compensation wieder aufgehoben worden sei, zur Unterbrechung der Verjährung nicht ausreichen.

Nach diesem § unterbricht auch die einfache Anerkennung, unter den in den Motiven angegebenen Voraussetzungen, die Verjährung, was mit dem römischen Rechte übereinstimmt[2]. Ein zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner über die Anerkennung des Schuldverhältnisses geschlossener Vertrag, insbesondere auch die Ausstellung einer Schuldverschreibung, würde nicht sowohl als Unterbrechung der Verjährung, sondern vielmehr als neuer Verpflichtungsgrund wirken (§§ 1397. 1399); ebenso eine Abrechnung und Berechnung zwischen Gläubiger und Schuldner mit Feststellung eines dem einen oder andern zukommenden Guthabens (§ 1401).

Eine Zinszahlung unterbricht die Verjährung bis zu dem Zeitpunkte der Zinszahlung, ausgenommen wenn Zinsen im Voraus bezahlt worden sind, welchenfalls die Verjährung bis zu dem Zeitpunkte als unterbrochen gilt, bis zu welchem die Zinsen im Voraus bezahlt worden sind.

Die Frage, ob die Verjährung einer hypothekarischen Forderung dadurch unterbrochen werde, daß ein dritter Besitzer des hypothekarisch haftenden Grundstücks Zinsen bezahlt, hat in so weit, als es sich dabei um die hypothekarische Forderung handelt, für Sachsen keine praktische Bedeutung wegen der Bestimmung in § 151 des B. G.-B. In wie weit dagegen die Verjährung der persönlichen Verbindlichkeiten des Schuldners durch eine Zinszahlung Desjenigen, welcher die Schuld bei der käuflichen Erwerbung des verpfändeten Grundstücks übernommen hat, unterbrochen werde, ist in § 1404 des B. G.-B. entschieden. Die Bestellung eines Faustpfandes für die Forderung unterbricht die Verjährung und es kann diese, so lange der Gläubiger das Pfand in den Händen hat, nicht verjähren.

Ueber die Unterbrechung der Verjährung bei Gesammtschuldverhältnissen ist der § 1035 des B. G.-B. zu vergleichen.

---

ein Recht, welches die wiederkehrenden einzelnen Leistungen umfaßt, gleichsam über diesen steht und eine von diesen getrennte selbständige Existenz hat, an sich nicht wohl denken.

1. Man vergl. l. 7 § 5 Cod. de praescript. XXX vel XL annor.

---

§ 163. Unterbrochen wird die Verjährung, wenn der Berechtigte die Klage bei Gericht anbringt oder das der Klage zu Grunde liegende Recht durch eine Einrede geltend macht, ingleichen wenn der Gläubiger bei dem Gerichte auf Erlassung eines Zahlungsgebotes anträgt.

Motive. Zunächst ist darauf aufmerksam zu machen, daß die Verjährung schon durch Anbringung der Klage (welchen Ausdruck man statt „Erhebung der Klage" oder „Ueberreichung der Klage" gewählt hat, um auch die mündliche Anbringung zu treffen) unterbrochen wird. Zwar hat das Gesetz die Unterbrechung der Extinctivverjährung betreffend vom 20. Juni 1846 § 1 die Meinung adoptirt, daß die Klagenverjährung erst durch Behändigung der Ladung unterbrochen werde. Allein diese Meinung entspricht weder dem gemeinen Rechte, noch der Natur der Sache. Denn von dem Berechtigten kann zur Ausübung seines Rechtes nicht mehr verlangt werden, als daß er dem Richter eine Klage überreicht; die zufälligen oder von Anderen verschuldeten Verzögerungen in Erlassung und Behändigung der Ladung auf die rechtzeitig überreichte Klage können ihm nicht zum Nachtheile gereichen. Uebrigens war die diesem § zu Grunde liegende Ansicht auch die bis zu dem Gesetze vom 20. Juni 1846 unbestritten recipirte[1].

Soviel weiter den Grundsatz betrifft, daß die Verjährung für unterbrochen zu betrachten sei, wenn das der Klage zu Grunde liegende Recht durch eine Einrede geltend gemacht wird, so hat man sich für diese, von unserer jetzigen Praxis abweichende Ansicht (vergl. Zeitschr. f. R. u. V. N. F. Bd. 13, S. 379 folg.) aus dem Grunde entschieden, weil ein Recht, welches per modum exceptionis geltend gemacht wird, doch jedenfalls einen Gegenstand der richterlichen Beurtheilung und Entscheidung bildet; nicht zu gedenken, daß die im Gesetzbuche in dieser Hinsicht angenommene Ansicht mit dem allgemeinen Satze in § 153 des Entwurfs (§ 145 des B. G.-B.), es könne ein Recht, welches sich zur Klage und zur Exception eigne, gleichzeitig auf beiden Wegen geltend gemacht werden, in voller Uebereinstimmung steht.

Die auf das Zahlungsgebot bezüglichen Worte am Schlusse des § sind auf Antrag der Stände (Dep.-Ber. d. II. Kammer der ꝛc. ꝛc. Beil. z. 3. Abth. Bd. 3, S. 790) aufgenommen worden. Das dabei in Aussicht genommene Institut des sog. Mahnverfahrens ist (Gesetz, die Abkürzung und Vereinfachung des bürgerlichen Proceßverfahrens betreff. vom 30. Dec. 1861, G.- u. V.-Bl. S. 592 folg. §§ 28—36) in Kraft getreten. Einen dem Mahnverfahren eigenthümlichen Erlöschungsgrund enthält der § 34, wonach das Zahlungsgebot seine Kraft verliert, wenn der Gläubiger nicht innerhalb drei Monaten, vom Ablauf der darin gesetzten Zahlungsfrist an gerechnet, auf das Hilfsvollstreckungsverfahren anträgt. Mit der Erlöschung der Wirkungen des Zahlungsgebots überhaupt erlöscht auch die dadurch bewirkte Unterbrechung der Verjährung.

Die dem B. G.-B. zu Grunde liegende Ansicht, daß die Verjährung nicht erst durch die Behändigung der Ladung oder gar erst durch die Litiscontestation, sondern schon durch die Anbringung der Klage bei Gericht unterbrochen werde, kann als die im gemeinen Rechte gegenwärtig herrschende angesehen werden[2]. Als Anbringung der Klage bei Ge-

1. Sie gilt auch schon nach römischem Rechte (l. 3 Cod. de praescript. XXX vel XL annorum).

2. Nach der allg. D. W.-O. Art. 80 soll die Verjährung in den in Art. 77—79 aufgeführten Fällen nur durch Behändigung der Klage unterbrochen werden. Die hiermit verbundenen

richt ist jede klagweise gerichtliche Geltendmachung des Rechts zu verstehen, also insbesondere auch die Erhebung der dem Sächs. Recht eigenthümlichen sog. Executionsklage, die Liquidation im Concurse des Schuldners und die Verhandlung vor einem Schiedsgerichte.

Das B. G.-B. macht rücksichtlich der Klagerhebung, als eines Modus, die Verjährung zu unterbrechen, keinen Unterschied zwischen dem Falle, wo die Klage bei dem competenten Gerichte und dem Falle, wo sie bei dem incompetenten Gerichte angebracht worden ist, wie sich noch insbesondere aus dem § 166 ergiebt. In dieser Beziehung stimmt das B. G.-B. mit unserem bisherigen Rechte überein. Denn nach der erl. P.-O. ad Tit. V. § 4 hat auch die bei einem incompetenten Gerichte erhobene Klage effectum interrumpendae praescriptionis. Zwar knüpft die erl. P.-O. diese Wirkung an die Behändigung der Ladung. Allein die Praxis bezog dieß blos auf die Ersitzung, während sie bei der Verjährung schon in der Anbringung der Klage bei Gericht einen Interruptionsact fand, und diese Ansicht ist von dem B. G.-B. angenommen worden.[1]

---

§ 164. Kann wegen Unbekanntschaft des Ortes, wo der Gegner belangt werden könnte, die Klage bei Gericht nicht angebracht werden, so wird die Verjährung unterbrochen, wenn der Berechtigte vor seinem persönlichen Gerichtsstande zum Zwecke der Unterbrechung der Verjährung Verwahrung einlegt.

Motive. Durch den Grundsatz, daß im Falle der Unbekanntschaft des Ortes, wo der Schuldner belangt werden kann, eine gerichtliche Protestation die Stelle der Anbringung der Klage vertritt, ist eine Lücke ausgefüllt worden, welche namentlich nach dem im Gesetze vom 20. Juni 1846 § 1 eingeführten Principe, daß erst die Behändigung der Ladung die Verjährung unterbreche, in unserem bisherigen Rechte sehr fühlbar war. Noch ist hier die Bemerkung anzuschließen, daß in dem Gesetzbuche unter den Arten der Unterbrechung der Verjährung das Institut der Erlöschung des Processes nicht berücksichtigt worden ist, weil dasselbe unserem jetzigen Rechte unbekannt ist und, wenn die neue Proceßgesetzgebung dasselbe einführen sollte, dabei zugleich dessen Einfluß auf die Verjährung wird bestimmt werden können.

Diese Bestimmung ist eine neue. Zwar gab es schon nach Röm. Rechte in den Fällen, in welchen der Schuldner nicht zu erreichen war, ein Ersatzmittel für die Anbringung der Klage, indem die Verjährung durch eine bei Gericht angebrachte schriftliche oder mündliche Protestation, oder durch schriftliche Protestation vor dem Bischof oder defensor civitatis, oder im Nothfalle sogar durch Anschlag einer Protestation am Wohnsitze des Gegners unterbrochen werden konnte[2]. Indessen waren diese Vorschriften auch schon vor dem Gesetz vom 20. Juni 1846 nicht in Gebrauch.

Wenn der Gläubiger auf Grund einer nach dem gegenwärtigen § eingelegten Verwahrung behauptet, daß die Verjährung dadurch unterbrochen worden sei, so wird er nicht blos, daß die Verwahrung eingelegt worden sei, sondern auch, daß die Voraussetzungen derselben vorhanden gewesen seien, zu beweisen haben.

Uebelstände werden im praktischen Leben täglich empfunden und die Nothwendigkeit einer Aenderung dieser Vorschrift wird allgemein anerkannt. — Man vergl. übrigens über die Unterbrechung der Wechselverjährung Hoffmann, die allg. D. W.-O. (1859) S. 567.

1. Das P. Allg. L. R. I. 9 § 552 enthält eine ähnliche Bestimmung.

2. l. 2 Cod. de ann. except.

§ 165. Durch Mahnung, Widerspruch oder außergerichtliche Verwahrung wird die Verjährung nicht unterbrochen.

Das Wort „außergerichtliche" (Verwahrung) bezieht sich auf den vorstehenden § 164, da nach dem letzteren eine „gerichtliche" (Verwahrung), unter den sonstigen Voraussetzungen allerdings effectum interrumpendae praescriptionis haben kann.

---

§ 166. Die Anbringung der Klage bei Gericht unterbricht die Verjährung nicht, wenn der Berechtigte die Klage zurücknimmt oder wenn die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen eines anderen verbesserlichen Fehlers zurückgewiesen und nicht binnen drei Monaten von der Zurückweisung an die verbesserte Klage bei Gericht angebracht worden ist.

Motive. Was die in diesem § unter dem dabei bemerkten Präjudiz vorgeschriebene dreimonatliche Frist zur Erneuerung einer „angebrachter Maßen" oder „allhier" abgewiesenen Klage angeht, so liegt in der Wortfassung, daß, sofern nicht im einzelnen Falle etwas Anderes bestimmt ist, das Präjudiz nicht eintritt, wenn selbst die zweite Klage einem gleichen Schicksale unterliegt, wie die erste.

Daß, wenn die Klage zurückgenommen wird, der Verzicht auf die Interruption der Verjährung nicht durch Protestation oder Vorbehalt ausgeschlossen werden kann, ist bereits zu § 140 S. 174 bemerkt worden.

Soviel die Zurückweisung der Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen eines anderen verbesserlichen Fehlers (angebrachter Maßen) anlangt, so konnte die Rechtskraft des die Abweisung der Klage in der angebrachten Maße aussprechenden Urtheils nicht unbedingt als Anfang der für die Einreichung der verbesserten Klage bestimmten dreimonatlichen Frist angenommen werden, weil die Verjährung schon durch die Anbringung der Klage unterbrochen wird und es daher vorkommen kann, daß die Klage auch durch ein der Rechtskraft nicht fähiges Decret, vor deren Mittheilung an den Gegner, zurückgewiesen wird. In diesen Fällen würde die angegebene dreimonatliche Frist mit dem Zeitpunkte der Eröffnung des Decrets an den Kläger beginnen.

Die Erlöschung der Wirkungen der Klaganstellung in Beziehung auf die Unterbrechung der Verjährung auch noch auf das „unbeendigt Liegenbleiben des Processes" zu extendiren, erschien weder zweckmäßig noch nothwendig; zweckmäßig nicht, weil die Vorschrift in § 168 völlig ausreicht, nothwendig nicht, weil nach unserem Proceßrechte auch der Beklagte die Fortstellung des Verfahrens verlangen und daher der Proceß nur durch Nachlässigkeit und Verschuldung beider Parteien unbeendigt liegen bleiben kann; nicht zu gedenken, daß auch das Gericht wenigstens in der Regel es in seiner Macht haben wird, das Liegenbleiben des Processes zu verhindern, wenn nicht beide Theile auf Sistirung des Verfahrens angetragen haben, in welchem Falle auch von einem unbeendigt Liegenbleiben des Processes, mit der Wirkung, daß die Unterbrechung der Verjährung als nicht geschehen zu betrachten ist, nicht wird die Rede sein können.

---

§ 167. Die Geltendmachung eines Rechtes durch eine Einrede unterbricht die Verjährung nicht, wenn die Einrede zur besonderen Ausführung verwiesen oder

aus einem anderen Grunde nicht beachtet und von Zeit der eingetretenen Rechtskraft an nicht binnen drei Monaten wegen des nämlichen Rechtes Klage bei Gericht angebracht worden ist.

Dieser § hebt in den Worten „wenn die Einrede — nicht beachtet" die beiden Gründe hervor, aus welchen eine vorgeschützte Einrede aus formellen Gründen nicht berücksichtigt worden sein kann, nämlich erstens den processualischen, z. B. wegen Illiquidität der Einrede, und zweitens den rein formellen, z. B. weil eine Compensationseinrede nicht statthaft oder die Einrede in dem Urtheil mit Stillschweigen übergangen, oder wegen Unschlüssigkeit der Klage nicht in Betracht gekommen ist.

Dagegen versteht es sich von selbst, daß die Bestimmung des gegenwärtigen § nicht anwendbar ist, wenn die Einrede in dem Urtheile als materiell nicht begründet verworfen worden ist, oder der Beklagte dieselbe hat fallen lassen, bevor darüber erkannt worden ist.

Anknüpfend an die auf die Unterbrechung der Verjährung bezüglichen vorstehenden §§ 161—167 bemerkt man, daß der Entwurf als § 176 noch folgenden Satz enthielt:

„Unterbrochen wird die Verjährung bei denjenigen Klagen, welche nur gegen den Besitzer einer Sache gehen, wenn die Sache in den Besitz des Berechtigten selbst oder eines Andern gelangt, welcher nicht Rechtsnachfolger des vorigen Besitzers ist."

Diesen § hat man bei der Schlußredaction gestrichen, weil, selbst abgesehen davon, daß in demselben der Wegfall einer Voraussetzung der Verjährung als eine Unterbrechung der letzteren aufgeführt wurde, die Bestimmung desselben durch die §§ 262. 263. 578. 594 gedeckt ist.

---

§ 168. Ist die Verjährung unterbrochen, so kann sie von Neuem beginnen, wenn die zu ihr erforderlichen Voraussetzungen vorhanden sind. Bei einem unbeendigt gebliebenen Rechtsstreite beginnt die neue Verjährung von der letzten processualischen Handlung an. Wurde der Rechtsstreit durch Erkenntniß entschieden, so läuft die neue Verjährung von dem Eintritte der Rechtskraft, und wenn in dem Erkenntnisse dem Verurtheilten eine Frist zur Leistung bestimmt worden ist, vom Ablaufe dieser Frist an.

Der vorstehende § hat insbesondere den Zweck, den Zeitpunkt, mit welchem eine unterbrochene Verjährung von Neuem beginnt, in den beiden Fällen, über die wenigstens in der Praxis kein Einverständniß herrscht, nämlich in dem Falle des unbeendigt liegengebliebenen Rechtsstreits und in dem der res judicata zu entscheiden.

---

§ 169. Beginnt eine unterbrochene Verjährung von Neuem, so wird sie in derselben Frist vollendet, welche ursprünglich galt. Beginnt die neue Verjährung von einem rechtskräftigen Erkenntnisse an, so wird sie in dreißig Jahren vollendet, selbst wenn die Verjährung ursprünglich eine kürzere war. Ist ein Neuerungsvertrag geschlossen worden, so ist die neue Verjährung nach den Vorschriften über die Verjährung der neuen Forderung zu beurtheilen.

Die Bestimmung, daß, wenn eine Verjährung von einem rechtskräftigen Urtheile an neu beginnt, für sie die ordentliche Verjährung gilt, selbst wenn die Verjährung ursprünglich eine kürzere war, hat ihren Grund darin, daß das Urtheil für sich allein bestimmend und ein Zurückgehen auf die frühere Klage überhaupt, insbesondere aber auch in Beziehung auf deren Verjährbarkeit, unzulässig ist.[1]

---

§ 170. In Folge der Verjährung steht der Klage eine Einrede entgegen, durch welche sie gegen den zu dieser Einrede Berechtigten unwirksam gemacht wird. Bei Klagen aus Forderungen werden mit der Verjährung die letzteren selbst wirkungslos.

Motive. Aus der Bestimmung dieses § folgt, daß eine Forderung, welche zu der Zeit, wo die Compensation eingetreten sein würde, bereits verjährt war, nicht mehr zur Compensation benutzt werden kann.[2] Ob, wenn eine verjährte Forderung bezahlt ist, die condictio indebiti stattfinde, ist in § 1552 des Entwurfs (§ 1522 des B. G.-B.) bestimmt.

An die Lehre von der Verjährung ist noch die Bemerkung anzuschließen, daß das Gesetzbuch die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unerwähnt gelassen hat, weil, soweit dieselbe nicht schon ohnedem proceßrechtlich und daher dem Gesetzbuche an sich fremd ist, die Rücksichten, welche die römischen Juristen auf dieses, nur zu häufig zur Ungebühr ausgedehnte und gemißbrauchte, Rechtsinstitut geführt haben, namentlich der mangelhafte Organismus der Rechtspflege, die unzureichende Vertretung der der öffentlichen Fürsorge bedürftigen Personen u. dgl. mehr, gegenwärtig weggefallen sind und daher ein praktisches Bedürfniß einer Anomalie der fraglichen Art nicht mehr vorliegt. Zwar ist hiergegen geltend gemacht worden, daß, wenn auch im Uebrigen das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entbehrt werden könne, dennoch dessen Beibehaltung in so weit wo nicht für unbedingt nöthig, so doch für angemessen anzusehen sei, als dasselbe die Bestimmung habe, das strenge Recht mit der natürlichen Billigkeit aus sachlichen Gründen zu vermitteln, wie dieß namentlich überall da der Fall sei, wo es sich um ein Versäumniß gewisser präjudicieller Fristen, dergleichen auch außerhalb des Processes vorkämen, handle. Allein obschon sich nicht verkennen ließ, daß in diesen Fällen eine gewisse Aufforderung zur nachsichtsvollen Beurtheilung vorliegen kann, so trug man doch Bedenken, neben den auf möglichste Ausgleichung aller Härten gerichteten Vorschriften, z. B. der in §§ 162—165 des Entwurfs (§§ 154—157 des B. G.-B.) enthaltenen, blos wegen der Unmöglichkeit, alle hier denkbaren Fälle zu erschöpfen, noch eine allgemeine Clausul aufzunehmen, durch welche der Richter zur Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des concreten Falles ermächtigt würde; vielmehr hielt man es für zweckentsprechender, Denjenigen, welcher durch eine ganz ungewöhnliche Ver-

1. Diese Ansicht ist auch schon gemeinrechtlich die richtigere, Unterholzner, Verjährung Bd. 1 § 125. Bd. 2 § 267. Buchka, Einfluß des u. s. w. II. S. 70. v. Savigny, a. a. O. Bd. 5, S. 324 folg.

2. Ist mit der Gegenforderung compensirt worden, so wirkt dieß nicht als Unterbrechung der Verjährung, sondern als Erfüllung. Man vergl. übrigens Zeitschrift f. R. u. V. N. F. Bd. 30. S. 483 folg.

wickelung der Verhältnisse, durch ein seltenes Zusammentreffen eigenthümlich gestalteter Ereignisse, an der Wahrnehmung seiner Rechte gehindert worden ist, die daraus entstehenden Nachtheile, als zufällige, tragen zu lassen, als durch eine Clausul der angegebenen Art einen allgemeinen ungewissen Rechtszustand herbeizuführen.

Der erste Satz des gegenwärtigen § enthält eine Regel, welche für alle Klagen, für die dinglichen sowohl, als für die persönlichen gilt. Diese Regel ist die, daß in Folge der Verjährung der Klage eine Einrede entgegensteht, durch welche sie (die Klage) gegen den zu dieser Einrede Berechtigten unwirksam wird. Soviel die dinglichen Klagen betrifft, so gehen dieselben in den ihnen zu Grunde liegenden Rechten an Sachen nicht auf und es bestehen daher diese Rechte, soweit ihr Inhalt umfassender ist, als die verjährten, blos gegen eine bestimmte Person gerichteten Klagen, ungeschmälert fort.[1]

Der zweite Satz des § wendet diese Regel auf die persönlichen Klagen an und spricht, da deren Inhalt mit dem der Forderung, wegen deren sie zustehen, zusammenfällt, aus, daß mit der Verjährung der Klagen aus Forderungen die letzteren selbst wirkungslos werden und erlöschen.[2]

Dem B. G.-B. liegt hiernach die gegenwärtig auch in dem gemeinen Recht herrschende Ansicht zu Grunde, daß wenn eine Forderung verjährt ist, auch keine Naturalobligation übrig bleibt. Für den ersten Augenblick kann es den Anschein gewinnen, als ob die Bestimmung in § 1522 des B. G.-B., wonach die condictio indebiti nicht statt hat, wenn eine verjährte Forderung erfüllt worden ist, mit dem gegenwärtigen § in Widerspruch stände. Indessen ist dieß bei näherer Betrachtung des Verhältnisses nicht der Fall. In dem angegebenen §, welcher, beiläufig gesagt, mit allen neueren Gesetzbüchern übereinstimmt, wird vorausgesetzt, daß die verjährte Forderung in der Absicht, dieselbe zu tilgen, erfüllt worden ist. Dieser Fall differirt wesentlich von dem Falle, wo eine verjährte Forderung in Aufrechnung gebracht wird. Denn während in dem letzteren Falle das Recht der Aufrechnung lediglich darauf gegründet wird, daß die verjährte Forderung noch Wirkungen, wenn schon in beschränkterem Umfange, habe, liegt in dem ersteren Falle in der Erfüllung eine Handlung, aus welcher eine Anerkenntniß der verjährten Forderung und ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung zu folgern ist. Diese Folgerung erscheint um so unbedenklicher, als erstens es der Handlungsweise eines redlichen Mannes widerstreitet, eine Schuld blos deßhalb nicht zu bezahlen, weil sie verjährt ist, und zweitens durch die Erfüllung einer Forderung ohne vorherige Untersuchung, ob die letztere etwa verjährt sei, die Ansicht an den Tag gelegt wird, es solle von der Einrede der Verjährung kein Gebrauch gemacht werden. Gesetzt aber auch, es wäre die Statthaftigkeit der condictio indebiti eine Consequenz des Grundsatzes, daß mit der Verjährung der Forderung die letztere selbst erlösche, so erheischt, zumal bei der sog. kurzen Verjährung der Forderungen, das praktische Bedürfniß eine Ausnahme von der Regel. In jedem Falle darf aber die Vorschrift des § 1522 des B. G.-B., welche, sofern sie mit dem im Gesetzbuche angenommenen Principe über die Verjährung der Forderungen nicht in Einklang zu bringen sein sollte, eben blos eine singuläre wäre, nicht verallgemeinert, von ihr insbesondere nicht auf ein Zurückbleiben einer Naturalobligation nach der Verjährung der Forderungen geschlossen werden.

---

1. Natürlich gilt dieß blos, wenn nicht etwa auch die Bedingungen der Ersitzung vorhanden sind. In diesem letzteren Falle finden die Vorschriften in §§ 260. 577. 580. 581. 582 des B. G.-B. Anwendung.

2. Man vergl. § 1016 des B. G.-B.

Der § 1454 des B. G.-B., nach welchem eine Bürgschaft für eine verjährte Forderung nur dann gilt, wenn sie in dem Bewußtsein, daß die Forderung verjährt sei, geleistet wird, steht mit dem in gegenwärtigem § aufgestellten Principe nicht in Widerspruch. Denn in dem Falle des § 170 handelt es sich um ein indebite solutum, in dem Falle des § 1454 dagegen um ein indebite promissum. Beide Fälle differiren aber wesentlich, weil in jenem Falle Etwas zurückgefordert wird, was der Zahler nicht schuldig gewesen ist, in diesem Falle aber die Erfüllung einer fremden Schuld, welche durch Verjährung erloschen ist, verweigert wird.

Ueber die Wirkungen der Verjährung bei Gesammtschuldverhältnissen ist § 1034 zu vergleichen.

Aus dem in gegenwärtigem § aufgestellten Grundsatze über die Verjährung der Forderungen ergiebt sich, daß eine Forderung, welche verjährt wird, auch nicht exceptionsweise geltend gemacht werden kann. So wird z. B. wegen Mängel einer gekauften Sache nicht excipirt werden können, wenn die Klage deßhalb verjährt ist. Dieß leidet jedoch keine Anwendung in den Fällen, in welchen die Einrede nicht blos auf den Anspruch geht, welcher verjährt ist, sondern nach einer mit diesem nicht zusammenhängenden Richtung hin wirksam ist. So werden z. B. dolus und metus, als Fehler eines Rechtsgeschäfts, exceptionsweise auch dann noch geltend gemacht werden können, wenn die Klagen auf Schadenersatz verjährt sind. Ebenso wird bei zweiseitigen Verträgen, bei welchen Leistungen und Gegenleistungen Zug um Zug erfolgen sollen, so lange, als diese sich bedingende Gegenseitigkeit dauert, von einer Verjährung des Rechts auf die Leistung oder auf die Gegenleistung, als Klage, mit der Wirkung, daß damit auch die Einrede wegfällt, keine Rede sein können.

Endlich ergiebt sich daraus, daß das bürgerliche Gesetzbuch von der restitutio in integrum abgesehen hat, die Folgerung, daß auch selbst in dem Processe die restitutio in integrum ex causa et persona wegfallen muß. Dem steht auch nicht entgegen, daß es mehrere Gesetze processualen Inhaltes giebt, in welchen auf die restitutio in integrum aus den angegebenen Gründen Rücksicht genommen wird, weil mit der Aenderung des materiellen Rechts die Grundlage weggefallen ist, auf welcher jene Gesetze beruhten.

VI. Beweis der Rechte.

§ 171. Wer ein Recht gerichtlich geltend machen will, muß die dasselbe begründenden Thatsachen beweisen, gleichviel ob sie in dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein gewisser Umstände bestehen.

Motive. Die Aufnahme der allgemeinen Grundsätze über die Beweislast in den allgemeinen Theil des Gesetzbuches bedarf um so mehr einer Rechtfertigung, als die neueren Gesetzbücher anderer Länder davon nichts enthalten.

In der Hauptsache besteht der Einwand, welcher sich gegen diesen Theil des Gesetzbuches machen läßt, in der Behauptung, daß die Verbindlichkeit zur Führung des Beweises gewisser Thatsachen eine processualische, außerhalb der Grenzen des materiellen Civilrechtes liegende sei und daher die Regelung dieses Verhältnisses ausschließlich in die Proceßordnung gehöre. Hiergegen macht sich nun aber die sehr naheliegende Erwägung geltend, daß die Beweislast, als die Voraussetzung, von welcher die Geltendmachung der Rechte abhängt, sich nach dem materiellen Civilrechte richtet, also ein Gegenstand ist, der von der dem Processe

angehörigen Form der Beweisführung unabhängig ist und über den sich Jeder, welcher ein Recht geltend zu machen beabsichtigt, klar sein muß, bevor er den Proceßweg betritt. Dieser innige Zusammenhang der Beweislast mit den materiellen Principien tritt in dem gesammten Rechtssystem deutlich hervor, indem die letzteren nicht aufgestellt werden können, ohne daß durch gewisse Wendungen, z. B.: „es ist anzunehmen", „im Zweifel", „es spricht die Vermuthung dafür", „in Ermangelung einer anderen Bestimmung" eine Reihe von Sätzen gegeben wird, welche, indem sie sogenannte praesumtiones juris et de jure, juris oder facti begründen, für die Normirung der Beweislast von wesentlichem Einflusse sind. Auch ist hierin der Grund zu suchen, warum es wohl kein Gesetz geben wird, in welchem die Frage wegen der Beweislast nicht wenigstens nach einigen Seiten hin, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, entschieden sein sollte. Ein hierin hervorragendes Beispiel ist das Erbfolgemandat vom Jahre 1829, in dessen §§ 87. 108. 112—124 tief eingreifende Sätze über die Verbindlichkeit zur Beweisführung und zum Theil sogar über die Form der letzteren aufgestellt werden. Wer das Verhältniß des materiellen Rechtes zu dem Proceßrechte näher ins Auge faßt, der wird sich der Ueberzeugung nicht verschließen können, daß es auf der einen Seite eine Menge von Verhältnissen giebt, bei welchen die materiellen Sätze ohne Erwähnung der Beweislast gar nicht vorgetragen werden können, z. B. die condictio indebiti, die actio negatoria, die rei vindicatio, auf der anderen Seite aber die Proceßordnung, ohne in das materielle Recht einzugreifen, die Beweislast nicht umfassend und erschöpfend behandeln kann. Liegt nun aber für die Abfassung eines Civilgesetzbuches die Nothwendigkeit vor, wenigstens bei mehreren Verhältnissen Principien über die Beweislast, sofern dieselbe eine materiellrechtliche Seite hat, aufzunehmen, so bedarf es auch wenigstens einiger allgemeinen Sätze, welche die leitenden Grundsätze enthalten, von welchen man bei der Normirung der einzelnen Verhältnisse ausgegangen ist, weil es außerdem an jedem Anhalten für die Erklärung und richtige Anwendung der speciellen Vorschriften fehlen würde.

Aus diesen Gründen hat man sich für die Aufnahme einiger generellen Sätze über die Beweislast in den allgemeinen Theil entschieden und es läßt sich, daß dieß in jedem Falle wenigstens zweckmäßig sei, um so weniger bezweifeln, als dergleichen Sätze möglichst vor Abänderungen gesichert sein müssen, was durch die Aufnahme derselben in die Proceßordnung, welche ihrer Bestimmung nach weniger stabiler Natur ist, als ein Civilgesetzbuch, nicht mit demselben Erfolge erreicht werden kann.

Der vorstehende §, welcher den allgemein anerkannten Grundsatz ausspricht, daß, wer ein Recht gerichtlich geltend machen will (gleichviel ob durch Klage oder durch Einrede), die dasselbe begründenden Thatsachen zu beweisen hat, schließt mit den Worten „gleichviel — bestehen", die Ansicht aus, daß bei der Beweislast darauf etwas ankommen könne, ob die Thatsache, auf welche zu Begründung eines Rechts Bezug genommen wird, eine positive oder negative sei.

---

§ 172. Im Inlande bekannt gemachte Gesetze bedürfen keines Beweises. Ausländische Rechte hat Derjenige zu beweisen, welcher sich darauf beruft; sie können aber ohne diesen Beweis von dem Richter angewendet werden, wenn sie ihm glaubhaft bekannt geworden sind.

Motive. Unter den im Inlande bekannt gemachten Gesetzen, welche nach diesem § keines Beweises bedürfen, sind auch Statuten, welche als verbindend in dem G.- u. V.-Bl. öffentlich bekannt gemacht sind, begriffen. Andere Statuten sind von Demjenigen, welcher zu Begründung eines Rechts auf sie Bezug nimmt, zu beweisen. Die Vorschrift, daß ausländische Gesetze, da deren Kenntniß beim Richter nicht vorauszusetzen ist, von Demjenigen, welcher sich darauf bezieht, zu beweisen sind, dessenungeachtet aber der Richter, in Ermangelung eines solchen Beweises, dann, wenn er das ausländische Recht kennt, befugt ist, dieses Recht seiner Entscheidung zu Grunde zu legen, stimmt mit der in der Praxis angenommenen Ansicht überein.

---

§ 173. Thatsachen bedürfen keines Beweises, wenn für sie eine gesetzliche Vermuthung spricht. Letztere wird durch den Beweis des Gegentheils der Thatsachen entkräftet, soweit dieser Beweis nicht durch besondere Bestimmungen ausgeschlossen ist.

Motive. In diesem § ist blos von denjenigen Arten der Präsumtion die Rede, welche nicht unter den Begriff der sogenannten praesumtiones juris et de jure, die durch den Beweis des Gegentheils nicht entkräftet werden können, fallen.

Die Worte „soweit dieser Beweis — ausgeschlossen ist" sind auf Antrag der Stände (Landt.-Act. a. a. O. S. 791) aufgenommen worden.

---

§ 174. Thatsachen, welche land-, orts-, oder gerichtskundig sind, bedürfen keines Beweises.

Das Weitere, namentlich in welchen Fällen eine Notorietät anzunehmen sei, ist eine in das Proceßrecht einschlagende Frage.

---

§ 175. Wer sich auf ein Rechtsgeschäft gründet, hat zu beweisen, daß dasselbe zu Stande gekommen ist. Behauptet der Gegner eine Aenderung der regelmäßigen Natur des Rechtsgeschäfts oder Umstände, welche die Wirksamkeit desselben hindern oder aufheben, so liegt ihm der Beweis ob.

Motive. Des Wortes „Rechtsgeschäft" hat man sich, ohne Hinweis auf die essentialia negotii, bedient, weil man besorgte, daß durch einen solchen Hinweis auf gewisse Bestandtheile des Rechtsgeschäfts, als unbedingt nothwendige, die Vorschrift nicht deutlicher, wohl aber, da dadurch auf die zweifelhafte Eintheilung in die essentialia, naturalia, accidentalia negotiorum Bezug genommen würde, leicht unklarer und zweifelhafter werden würde. (Man vergl. auch § 783 des B. G.-B.)

Der vorstehende § hat den Zweck, den allgemein anerkannten Satz, daß der Kläger die Klage, der Beklagte die Exceptionen zu beweisen habe, unter Hervorhebung der für die Entstehung und Aufhebung des in Frage begriffenen Rechtsverhältnisses vorhandenen rechtlichen Voraussetzungen, auszudrücken. Von der Entscheidung der Frage, wie die Beweislast bei aufschiebenden Bedingungen zu

regeln sei, ist in der Erwartung, daß die juristische Gestaltung, welche diese Bedingungen nach dem Gesetzbuche annehmen, ein hinreichendes Anhalten für die Subsumtion der bedingten Geschäfte unter die Grundsätze über die Beweislast geben werde, abgesehen.

Den Satz, daß Fortdauer eines Rechtsverhältnisses bis zum Beweise des Gegentheiles zu vermuthen sei, hat man nicht für nöthig gehalten, weil die dabei in Frage stehende Continuität der Rechte aus der Lehre von der Verjährung folgt.

Specielle Bestimmungen über die Beweislast enthalten §§ 309 folg. 333 folg. 408. 440. 548. 581. 615. 750 folg. 886 folg. 1464. 1468. 1563. 1569. 2329 folg. 2630 des Entwurfs (§§ 298 folg. 322 folg. 397. 429. 533. 565. 599. 731 folg. 861 folg. 1435. 1439. 1533. 1539. 2294 folg. 2597 des B. G.-B.).

Die Worte „daß dasselbe (das Rechtsgeschäft) zu Stande gekommen ist" sollen ausdrücken, es sei die Schließung des Rechtsgeschäfts, und, wenn aus einem sub conditione suspensiva geschlossenen Rechtsgeschäfte geklagt werde, dessen Vollendung (§ 112) zu beweisen.

Als Umstände, welche die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts ausschließen, sind insbesondere zu betrachten, der Mangel der erforderlichen Handlungsfähigkeit, oder der Verkehrsfähigkeit des Objects des Rechtsgeschäfts, oder der Mangel der Uebereinstimmung des Willens mit der Willenserklärung, oder die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Furcht oder wegen Betrugs.

Einer besonderen Erwähnung bedarf noch die Form des Rechtsgeschäfts. Ist eine besondere Form des Rechtsgeschäfts gesetzlich vorgeschrieben, so hat Derjenige, welcher daraus Rechte ableitet, auch die Beobachtung der gesetzlichen Form zu beweisen (§§ 822. 824 des B. G.-B.). Ist eine besondere Form durch Vertrag bestimmt, so ist zu unterscheiden, ob die Form blos zum Beweise dienen soll, oder ob davon die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts abhängig gemacht worden ist (§ 823 des B. G.-B.). In dem ersteren Falle bildet die Beobachtung der Form nicht die Voraussetzung der Geltendmachung der Rechte aus dem Rechtsgeschäfte. In dem letzteren Falle dagegen hat Derjenige, welcher sich auf die Schließung des Rechtsgeschäfts zu Begründung seines Anspruchs daraus bezieht, auch die Beobachtung der verabredeten Form zu beweisen.

Ueber die Frage, wie die Beweislast zu vertheilen sei, wenn behauptet wird, es sei sub conditione suspensiva oder sub die contrahirt worden, ist das oben zu §§ 108 und 115 Gesagte zu vergleichen.

VII. Wirkung rechtskräftiger Entscheidung.

§ 176. Ist ein streitiges Rechtsverhältniß durch rechtskräftige Entscheidung festgestellt worden, so kann aus der letzteren ein selbständiges Recht verfolgt werden.

Motive. In diesem § ist im Allgemeinen ausgesprochen, daß die rechtskräftige Entscheidung ein von dem bestritten gewesenen unabhängiges selbständiges Recht giebt, oder ein neues Recht unter den Parteien, welche an die rechtskräftige Entscheidung schlechterdings gebunden sind, begründet. Zwar ließe sich hiergegen einwenden, daß das gerichtliche Verfahren nur die Bestimmung haben könne, das streitig gewordene Verhältniß seinem wahren und ursprünglichen Inhalte nach zu verwirklichen und zum Anerkenntnisse zu bringen. Allein erwägt man, daß die Rechte durch das Streitigwerden nothwendig mannichfaltige Modificationen erleiden, indem sie häufig entweder gar nicht mehr in ihren ursprünglichen Zustand

gebracht werden können oder auch das Erkenntniß auf den über die Klage angetragenen Eid oder auf den Beweis der Klage, und das Ergebniß der Beweisführung auf sie Einfluß hat, mitunter auch ihre Subsumtion unter die Rechtsvorschriften eine Aenderung an ihnen bewirkt, so wird man sich von der Nothwendigkeit eines solchen Satzes, wie er hier aufgenommen ist, überzeugen. In diesem Satze liegt, daß die res judicata formelles Recht unter den Parteien begründet, selbst im Falle einer ungerechten Freisprechung des Beklagten keine Naturalobligation übrig bleibt, der Beklagte, er mag verurtheilt oder freigesprochen sein, die exceptio rei judicatae zu dem Ende hat, daß er wegen desselben Anspruchs nicht noch einmal verklagt werden kann, endlich der Kläger ebenfalls die exceptio rei judicatae gebrauchen kann, wenn der Beklagte eine rechtskräftig anerkannte Ausflucht anderweit agendo gegen ihn geltend macht.

In den speciellen Motiven sind die Gründe angegeben, warum das Recht des Klägers aus einem rechtskräftigen Urtheile als ein auf Grund des letzteren verfolgbares, selbständiges Recht zu betrachten ist. Dieß darf jedoch nicht so verstanden werden, als ob das durch Rechtskraft festgestellte Recht ein ganz neues sei, welches das ursprüngliche aufhebe und an die Stelle des letzteren trete. Denn in manchen Beziehungen ist das durch die Rechtskraft begründete formelle Recht materiell nach dem im Processe durchgeführten ursprünglichen zu beurtheilen. So dauert z. B. die Haftung der Bürgen und der Pfänder fort.

Fälle, in welchen nicht blos der Beklagte, sondern auch der Kläger verurtheilt werden kann, sind die der §§ 207. 340. 365. 2343.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat die Frage, mit welchem Stadium des Processes die mit der römischen Litiscontestation verbundene sog. Consumtionswirkung eintrete, der Proceßordnung überlassen. Nach unserem gegenwärtigen Processe (alte P.-O. tit. V und erl. P.-O. ad eund. tit.) kann der Kläger, wenn er über die Klage den Eid angetragen hat, mit der Rechtskraft des Erkenntnisses auf den Eid die Klage nicht mehr ändern, und, wenn er die Klage auf Beweis gestellt hat und auf Beweis rechtskräftig interloquirt worden ist, zwar innerhalb der Beweisfrist noch auf den Eidesantrag zurückgreifen, aber nach Ablauf der Beweisfrist die Klage nicht mehr ändern. Nach denselben Principien ist die Exception zu beurtheilen. Wir glauben, daß nach der Proceßordnung die Unzuläßigkeit der Klagänderung Dasselbe ist, was nach römischem Processe die an die Litiscontestation geknüpfte sog. Consumtion ist.

---

§ 177. Die rechtskräftige Entscheidung verbindet die streitenden Theile und Diejenigen, welche in Ansehung des Streitgegenstandes ihre Rechtsnachfolger sind. Sie beschränkt sich auf das durch die Entscheidung festgestellte Recht nach seinem Inhalte und Entstehungsgrunde.

Motive. Einer Erwähnung der res judicata bei den sog. Präjudicialklagen bedurfte es hier nicht, weil darüber in § 1890 des Entwurfs (§ 1857 des B. G.-B.) das Nöthige gesagt ist. Ebenso hängt die Frage, ob die Folge der definitiven Abweisung einer dinglichen Klage darin bestehe, daß nun eine solche nie wieder auf dasselbe Object angestellt werden könne, oder die Anstellung einer auf einen bereits zur Zeit der Anstellung der ersten Klage vorhanden gewesenen Erwerbsgrund gestützten anderweiten Klage zuläßig sei, von der präjudiciellen Frage ab, ob bei der Realklage die Angabe der causa petendi remota

erforderlich sei, oder nicht. (Man vergleiche § 312 des Entwurfs [§ 301 des B. G.-B.]).

Der erste Satz des vorstehenden § handelt von den Personen, für welche ein rechtskräftiges Urtheil verbindende Kraft hat. Zu diesen Personen gehören zunächst Diejenigen, zwischen welchen das rechtskräftige Urtheil ergangen ist. Dieß sind, wenn freiwillige, gesetzliche oder verfassungsmäßige Vertreter gehandelt haben, selbstverständlich die Vertretenen, da diese nach heutigem Proceßrechte als die streitenden Parteien gelten und auch in dem Rubrum des Urtheils aufgeführt werden. Zu den Personen, für welche ein rechtskräftiges Urtheil verbindende Kraft hat, gehören weiter Diejenigen, welche in Ansehung des Streitgegenstandes Rechtsnachfolger der streitenden Theile sind, ohne Unterschied, ob die Nachfolge eine universale (Erbfolge) oder singulare, z. B. auch Cession, ist, jedoch, soviel die Singularnachfolge betrifft, mit den Beschränkungen, welche sich für Grundstücke aus dem sog. Ingrossationssystem ergeben[1]. Unter welchen Voraussetzungen ein rechtskräftiges Urtheil im Evictionsprocesse gegen den Veräußerer gilt, ist § 931—935 bestimmt. Ein rechtskräftiges Urtheil, welches blos einem Miteigenthümer oder einem Gesammtschuldner oder Gesammtgläubiger gegenüber ergangen ist, wirkt weder für noch gegen die übrigen Miteigenthümer, oder Gesammtschuldner oder Gesammtgläubiger (§§ 332. 1032 des B. G.-B.). (Man vergl. Siebenhaar a. a. O. S. 200 folg., S. 390, S. 401.) Die gemeinrechtlichen Bestimmungen, daß ein zwischen dem gesetzlichen Erben oder Notherben und dem Testamentserben ergangenes rechtskräftiges Urtheil auch den Vermächtnißnehmern gegenüber wirke[2], haben sich, da das B. G.-B. in diesen Beziehungen das gemeine Recht wesentlich geändert hat (§§ 2386. 2600. 2601 des B. G.-B.) erledigt[3]. Dagegen enthalten die §§ 1865. 1866 eine dem gemeinen Rechte unbekannte Ausnahme von der Regel, daß die res judicata blos inter partes gilt.

Auf den § 1857, welcher von der rechtskräftigen Entscheidung in Processen über Familienzustände handelt, ist bereits in den Motiven verwiesen worden. Ueber die Frage, in wie weit ein wider den Hauptschuldner ergangenes rechtskräftiges Urtheil dem Bürgen schadet oder nützt, wird zu den §§ 1459. 1460 das Nöthige zu bemerken sein.

Der zweite Satz bezieht sich auf den objectiven Umfang der Wirkung einer res judicata und schließt sich in dieser Hinsicht an die in der Praxis recipirten Ansichten an. Eine detaillirtere Ausführung dieses Satzes, welcher zum Theil auch in das Proceßrecht eingreift, würde hier nicht am Orte sein und es mag nur noch auf die §§ 2318—2320 des B. G.-B. aufmerksam gemacht werden.

Mit der Lehre über die res judicata hängt die Frage, ob und in wie weit Entscheidungsgründe der Rechtskraft fähig sind, zusammen. Diese Frage dürfte dahin zu beantworten sein, daß Entscheidungsgründe, als solche, nie in Rechtskraft übergehen, dagegen aber alle Aussprüche, welche die Voraussetzungen der Hauptentscheidung bilden und ohne welche die letztere nicht bestehen kann, und zwar ohne Unterschied, ob damit ein Anspruch oder eine Einrede als bestehend anerkannt, oder als unbegründet verworfen, oder eine factische Parteibehauptung für wahr oder nicht wahr erklärt wird, auch selbst dann der Rechtskraft fähig sind, wenn sie in der Form von Entscheidungsgründen ertheilt worden sind[4]. Nur die Bemerkung fügen wir bei, daß die Entscheidungsgründe sich mit

1. Man vergl. auch § 857 des B. G.-B.

2. l. 3 pr. D. de pignorib. l. 14 D. de appell. l. 50 § 1 D. de leg. I. l. 6 § 1 l. 8 § 16 l. 17 § 1. D. de inoff. test. l. 12 pr. § 2 C. de pet. hered.

3. Man vergl. jedoch § 2322 des B. G.-B.

4. Man vergl. Annalen a. a. O. Bd. 1, S. 237. 459. Bd. 2, S. 63. 366. Bd. 4, S. 458. Ob die Rationen der Entscheidung inserirt oder ob besondere Rationen gegeben worden sind, ist

der Subsumtion unter das Gesetz und sofern dieses einer Interpretation bedarf, mit dieser zu begnügen haben. Die Bezugnahme auf rechtshistorische Forschungen, das Zusammenstellen der in der Theorie herrschenden Meinungsverschiedenheiten gereicht nicht zum Frommen der Sache.

VIII. Selbsthülfe.

§ 178. Selbsthülfe durch Vertheidigung gegen widerrechtliche Angriffe auf die Person oder das Vermögen und die Unterstützung Anderer bei solchen sind erlaubt.

Motive. In diesem § und in den folgenden §§ wird von der Selbstvertheidigung und der Selbsthülfe gehandelt. Beide Begriffe schlagen sowohl in das Criminalrecht, als in den Civilproceß ein; ihr Einfluß auf das Civilrecht ist aber unverkennbar und deßhalb hat man für nöthig gehalten, derselben in dem gegenwärtigen Zusammenhange zu gedenken. Das Gesetzbuch hat auch in dieser Lehre unser bisheriges Recht, nach welchem, wie beiläufig zu erwähnen ist, die gemeinrechtlichen Privatstrafen wegen Selbsthülfe nicht mehr gelten, unverändert gelassen.

Der auf die Selbstvertheidigung bezügliche vorstehende § entspricht dem Art. 91 des Strafgesetzbuches. Wenn hiernach der Schutz von Rechten — nicht blos des Eigenthums — mithin der Schutz der Person und des Vermögens überhaupt als Grund der Anwendung der Selbstvertheidigung betrachtet worden ist, so steht dieß zwar nicht durchgängig den Worten, aber gewiß dem Sinne und Zwecke nach mit dem Strafgesetzbuche in Uebereinstimmung. Im angegebenen Artikel des Strafgesetzbuches wird als angemessene Vertheidigungsgewalt die Anwendung aller derjenigen Mittel betrachtet, von welchen Jemand unter den obwaltenden Umständen annehmen kann, daß sie zur wirksamen Abwehr eines widerrechtlichen Angriffs erforderlich sind und mit der Beschaffenheit der abzuwendenden Gefahr nicht außer Verhältniß stehen, und etwas Specielleres wird sich auch nicht angeben lassen, indem die besondere Gestaltung des concreten Falles nach der objectiven und, wie durch die Worte: „unter den obwaltenden Verhältnissen“ „abzuwendende Gefahr“ angedeutet wird, subjectiven Seite hin zu berücksichtigen ist und die unendliche Mannigfaltigkeit der denkbaren Möglichkeiten unter bestimmte Vorschriften nicht gefaßt werden kann.

Der Theil des §, welcher den Schutz *fremden* Vermögens zum Gegenstande hat, ist so, wie geschehen, gefaßt, um auch die Fälle zu treffen, in welchen eine eigentliche Hülfe geleistet wird, in welchen also kein eigenes Interesse Desjenigen, welcher Hülfe leistet, vorhanden ist, z. B. wenn ein Depositar die deponirte Sache widerrechtlichen Angriffen ausgesetzt sieht.

Bei Entscheidung der Frage, ob die einem Angriffe auf das Vermögen entgegengesetzte Gewalt eine verhältnißmäßige gewesen ist, wird unter andern auch darauf zu sehen sein, ob das Vermögensobject für den Angegriffenen, nach dessen besonderen Verhältnissen, ein *bedeutendes* war, oder nicht. Daß Derjenige, welcher sich eines Ex-

---

auf die Frage der Rechtskraft derselben einflußlos. In jedem Falle können bloße Rechtsdeductionen, bloße Rathschläge, wie ein Beweis zu führen sei, oder eine neue Klage begründet werden könne u. s. w., nicht in Rechtskraft übergehen.

cesses bei der Selbstvertheidigung schuldig macht, zum Ersatz des dadurch verursachten Schadens verpflichtet ist, folgt aus den §§ 118. 1487 des B. G.-B.

Auf das Recht der Selbstvertheidigung in den Fällen, in welchen fremde Thiere oder Sachen Schaden zufügen, beziehen sich die §§ 181. 182. 183 des B. G.-B. Zum Theil gehört auch hierher die Vorschrift in § 362 des B. G.-B.

---

§ 179. Selbsthülfe durch eigenmächtige Wegnahme von Sachen oder durch eigenmächtige Nöthigung des Schuldners zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit und die Unterstützung Anderer hierbei sind nicht erlaubt, ausgenommen wenn dem Berechtigten Gefahr droht, ohne Selbsthülfe sein Recht nicht verwirklichen und die Hülfe der Obrigkeit nicht zeitig erlangen zu können.

Der Ausdruck „eigenmächtig" bedeutet „einseitig ohne Einwilligung des Gegners und ohne Dazwischenkunft des Richters". Hat ein Gläubiger dem Schuldner, außer dem in § 180 erwähnten Falle, eigenmächtig Sachen weggenommen oder denselben zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit eigenmächtig genöthigt, so stehen dem Schuldner die Spolienklage und die Klage wegen Furcht oder Zwanges auf Ersatz des etwa verursachten Schadens zu (§§ 209. 1502. 1503 des B. G.-B.)[1]. Als eine Art erlaubter Selbsthülfe ist auch die Pfändung zu betrachten; auf diese beziehen sich die §§ 488—494 des B. G.-B.

---

§ 180. Ein Gläubiger kann den Schuldner, welcher sich seiner Verbindlichkeit durch die Flucht zu entziehen sucht, wenn die Hülfe der Obrigkeit nicht zeitig zu erlangen ist, festhalten, oder ihm die nöthigen Deckungsmittel abnehmen. Er hat aber ohne Verzögerung die abgenommenen Sachen bei Gericht abzuliefern und, wenn er die Person festnahm, diese bei demselben vorzuführen.

Motive. Soviel diesen § betrifft, so ist das Augenmerk darauf zu richten, daß das Festhalten der Person des Schuldners und das Abnehmen von Deckungsmitteln nur dann gestattet sind, wenn der Schuldner sich durch die *Flucht seiner Verbindlichkeit zu entziehen sucht und die Hülfe der Obrigkeit nicht rechtzeitig zu erlangen* ist, also beide Voraussetzungen vorhanden sind. Auch hat durch den Schlußsatz nur gesagt werden sollen, daß der Gläubiger ohne Verzögerung die abgenommenen Sachen bei Gericht abzuliefern und, wenn er die Person festnahm, diese bei demselben vorzuführen hat; wogegen die näheren Bestimmungen über das Verfahren nach der Ablieferung, sowie über die Competenz des Gerichts nicht hierher gehörten.

---

1. Man vergl. auch Strafproceßordnung Art. 80. Strafgesetzbuch Art. 97. 247. Die civilrechtlichen Strafen, welche das sog. decretum D. Marci auf die unerlaubte Selbsthülfe setzte, sind in das B. G.-B. nicht aufgenommen worden; dieselben fallen also für die Zukunft weg. So würde z. B. Derjenige, welcher eine ihm eigenthümliche gehörige bewegliche Sache dem Inhaber mit Gewalt weggenommen hatte, civilrechtlich nicht zur Restitution der Sache (von der Spolienklage abgesehen), sondern nur zum Ersatz des durch die Gewalt verursachten Schadens gehalten sein. Die Strafe wegen unerlaubter Selbsthülfe besteht nebenbei.

Die allgemeine Vorschrift des § 185, bei keiner Art der Selbsthülfe dürfe der dazu Berechtigte mehr Gewalt anwenden, als zur Vertheidigung oder zur Rechtsverfolgung nöthig ist, gilt auch von dem gegenwärtigen § und namentlich wird in einem unter diesen § zu subsumirenden Falle eine andere Gewalt, als das Festhalten des flüchtigen Schuldners, gegen die Person des letzteren nicht für zulässig anzusehen sein.

Das Gericht, an welches der flüchtig gewordene Schuldner und die demselben abgenommenen Sachen eingeliefert werden, wird zu untersuchen haben, ob die Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen nach Art. 304—310 des Strafgesetzbuchs in Verbindung mit Art. 146. 147. 148. 151. 152 der Strafproceßordnung die Beschlagnahme des Vermögens und die Verhaftung der Person zu verfügen sei. Daß das Gericht das forum domicilii des Schuldners sein müsse, ist nirgends bestimmt, es sprechen aber auch dagegen die §§ 9 u. 10 der Ein- u. Ausführungsverordnung v. 9. Jan. 1865.

---

§ 181. Jeder hat das Recht, sich in seiner Inhabung zu schützen, Gewalt mit Gewalt zu vertreiben und, wenn der Andere ihn seiner Inhabung entsetzt hat, sich der Sache wieder zu bemächtigen. Die Wiederbemächtigung muß sofort geschehen.

Motive. Zu diesem § hat man zu erwähnen, daß das Recht zum Festhalten Desjenigen, welcher widerrechtlich in fremdes Besitzthum eindringt, nicht besonders erwähnt zu werden brauchte, indem, soweit es sich um das bloße Vertreiben des Eindringlings handelt, dieß ein Fall der in § 187 des Entwurfs (§ 178 des B. G.-B.) angegebenen Selbsthülfe ist, und soweit die Festhaltung des Eindringlings dazu dienen soll, einen Anspruch an denselben zu sichern, die Vorschrift in § 189 des Entwurfs (§ 180 des B. G.-B.) zur Anwendung kommt. Der gegenwärtige § gilt auch vom Immobiliarbesitze.

Mit diesem § stehen die §§ 212. 214. 216 in Verbindung.

---

§ 182. Jeder kann seine Person und sein Vermögen gegen Thiere Anderer durch Verjagung und, soweit nöthig, selbst durch Tödtung derselben schützen, wenn nicht besondere Berechtigungen entgegenstehen.

Die Ausnahme am Schlusse des § bezieht sich auf die Fälle, in welchen dem Eigenthümer der Thiere vermöge Vertrags oder vermöge einer Grunddienstbarkeit eine Berechtigung zusteht.

---

§ 183. Fremde Sachen, welche einer eigenen Sache Schaden zufügen oder derselben Gefahr drohen, oder ihren Gebrauch hindern, kann man zur Abwendung dieser Nachtheile entfernen und, soweit nöthig, selbst beschädigen oder vernichten.

Motive. Diese Vorschrift bezieht sich nicht blos auf den Eigenthümer der Sache, welche durch fremde Sachen Schaden leidet, sondern auch auf den Nießbraucher und auf andere in einem ähnlichen Verhältnisse zum Eigenthümer stehende Personen. (Man vergl. auch Annalen N. F. Bd. 2, S. 404.)

---

§ 184. **Jeder kann Veranstaltungen zur Sicherung seiner Person und seines Vermögens gegen widerrechtliche Beschädigungen treffen, soweit dadurch nicht Gefahr einer widerrechtlichen Schadenzufügung für Andere entsteht.**

Von selbst versteht es sich, daß durch diesen § Maßregeln, welche vom polizeilichen Standpunkte aus für zweckmäßig gehalten werden, nicht ausgeschlossen sind. Das Legen von sog. Fuchseisen, oder auch sog. Selbstschüssen würde nach diesem §, sofern die erforderlichen Vorkehrungen getroffen worden wären, daß nicht Unschuldigen dadurch Schaden zugefügt werden könne, nicht so schlechterdings für unerlaubt zu halten sein.

---

§ 185. **Bei keiner Art der Selbsthülfe darf der dazu Berechtigte mehr Gewalt, als zur Vertheidigung oder zur Rechtsverfolgung nöthig ist, anwenden.**

Motive. Wegen dieser Vorschrift ist auf das zu § 187 des Entwurfs (§ 178 des B. G.-B.) über angemessene Vertheidigungsmittel Gesagte, welches auch auf die Selbsthülfe anwendbar ist, zu verweisen. Indessen ist hier noch besonders darauf aufmerksam zu machen, daß, wenn die Privatgewalt weiter gegangen ist, als erforderlich war, auch selbst in den Fällen, in welchen aus subjectiven Gründen keine criminalrechtliche Strafe zu erkennen ist, eine civilrechtliche Verantwortlichkeit eintreten kann.

Endlich ist noch zu erwähnen, daß man das Recht, bei Feuersbrunst zur Abwendung der Gefahr für das eigene Haus das fremde ohne Ersatzpflicht niederzureißen, ingleichen den Fall der lex Rhodia de jactu unerwähnt gelassen hat, weil, soviel die Feuersbrunst anlangt, die darauf bezüglichen Bestimmungen in das öffentliche Recht gehören[1], und soviel die lex Rhodia betrifft, dieselbe nur etwa im Seerechte, welches von dem Gesetzbuche ausgeschlossen ist, von Bedeutung sein kann.

---

1. Man vergl. das Gesetz, das Immobiliar-Brandversicherungswesen betreff. v. 23. August 1862 (G.- u. V.-Bl. deff. J. S. 339) §§ 9. 77.

Zweiter Theil.

Das Sachenrecht.

Erste Abtheilung.

Von dem Besitze der Sachen.

§ 186. Wer eine Sache thatsächlich in seiner Macht hat, ist Inhaber, und wenn er den Willen hat, an der Sache für sich Eigenthum auszuüben, Besitzer derselben.

In Beziehung auf die Systemfrage mag hier nur bemerkt werden, daß die Besitzlehre mit Recht, gegen die gewöhnliche Ansicht neuerer Theoretiker, an die Spitze der Lehre des Sachenrechts gestellt worden ist, weil der Besitz die Grundlage der menschlichen Herrschaft über Sachen bildet.

In §§ 186—216 ist blos von dem Besitze an Sachen die Rede, von dem sog. Rechtsbesitze (Quasibesitze) wird in §§ 530. 531. 556—562 des B. G.-B. gehandelt. An Reallasten findet ein Rechtsbesitz nicht statt. (§ 512.)

Dem Gesetzbuche liegt in der Lehre von dem Besitze an Sachen die Theorie des Röm. Rechts zu Grunde. Die berühmte Streitfrage, ob der Besitz ein factum oder ein jus sei[1], ist nach dem B. G.-B. dahin zu beantworten, daß derselbe zwar an sich ein factum ist, dessenungeachtet aber damit Folgen verbunden sind, welche sich nur aus dem Rechte erklären lassen. Der Besitz, als die thatsächliche Herrschaft über eine Sache, ist nämlich eine Thatsache, weil

1) wenn eine willensfähige Person die Sache in ihrer Macht hat (§ 193), darauf Etwas nicht ankommt, ob dieselbe ein Recht an der Sache habe, z. B. wenn ein Minderjähriger, ohne Concurrenz seines Vormundes, ein Darlehn ausgezahlt erhalten hat, oder einem Ehegatten von dem andern Ehegatten eine Sache animo donandi übergeben worden ist,
2) wenn eine (bewegliche) Sache gestohlen oder geraubt wird, der Eigenthümer derselben den Besitz verliert, obschon er das Eigenthum behält,
3) der Erbe, obschon er in alle Rechte des Erblassers succedirt, dessenungeachtet den Besitz an den erbschaftlichen Sachen nicht ohne deren Besitzergreifung erwirbt (§ 2288),
4) Demjenigen, welcher die Sache besitzt, die Besitzklagen zustehen, obschon er kein Recht hat, die Sache zu besitzen, dagegen der Eigenthümer oder publicianische

---

1. Die beste Behandlung dieser Frage ist die Hug. Donelli, l. l. t. 3 pag. 60 sequ. — Vorzüglich muß in der Besitzlehre vor der unrichtigen v. Savigny'schen Theorie gewarnt werden. — Einen Besitz an Forderungen kennt das bürgerliche Gesetzbuch nicht.

Besitzer, welcher die Sache nicht besitzt, die Besitzklagen nicht hat, obschon er zum Besitz der Sache berechtigt ist.

Mit dem Besitze sind aber Folgen verbunden, welche sich nur aus dem Rechte ableiten lassen, wie sich daraus ergiebt, daß

1) der Besitz eines Grundstücks, wenn er erworben worden ist, durch die Entfernung von dem Grundstücke oder Unterlassung von Besitzhandlungen nicht verloren geht (§ 212),
2) der Besitz auch durch Stellvertreter erworben werden kann (§ 193),
3) Derjenige, welchem eine Sache übergeben wird, in den Usucapionsbesitz des Tradenten, der Erbe in den Usucapionsbesitz des Erblassers succedirt (§§ 263. 264),
4) der Besitzer, gegen welchen die rei vindicatio angestellt wird, verschiedene processualische Vortheile genießt, endlich
5) mit dem Besitze der Interdictenschutz verbunden ist (Siebenhaar a. a. O. S. 149 not. 1).

Der vorstehende § unterscheidet zwischen Inhabung (detentio) und Besitz (possessio). Das Fundament beider Begriffe ist ein und dasselbe, nämlich die factische Herrschaft über die Sache. Der Inhaber (detentor) hat aber diese Herrschaft alieno nomine, z. B. als Depositar, als Procurator, während der Besitzer (possessor) den Willen hat, die Sache für sich zu haben, oder Eigenthum daran auszuüben. Eine Inhabung ohne den animus die Sache alieno oder suo nomine inne zu haben dürfte nicht denkbar sein, weil es in diesem Falle an der bewußten menschlichen Handlung fehlen würde. Ein animus alieno oder suo nomine zu besitzen ohne Inhabung hat keine rechtliche Wirkung, weil es an dem Merkmale fehlt, ohne welches ein Besitz nicht denkbar ist. Das Gesetzbuch charakterisirt den Besitz ganz richtig als die Inhabung einer Sache mit dem Willen, an der Sache Eigenthum für sich auszuüben. Denn in ihrer objectiven Basis stehen sich Eigenthum und Besitz ganz gleich; beide manifestiren sich in der Herrschaft über die Sache, oder in der Verwendung der Sache zu den Zwecken, welche sie zu erfüllen bestimmt ist; der Unterschied zwischen beiden reducirt sich darauf, daß der Besitz ein factum, das Eigenthum aber ein jus ist.

Daß an den außer Verkehr stehenden Sachen ein Besitz nicht statt hat, versteht sich von selbst.

---

§ 187. Rechtmäßiger Besitzer ist Derjenige, welcher den Besitz in Folge eines Rechtsgrundes ausübt, durch welchen Eigenthum erworben werden kann.

Motive. Die §§ 187. 188 hat man hier aufgenommen, weil sich ihre Wirksamkeit zwar vorzüglich bei der Ersitzung, aber nicht ausschließlich bei dieser, sondern auch noch in anderen Lehren zeigt. Soviel noch insbesondere den § 188 betrifft, so hat man, ganz in Harmonie mit unserem bisherigen Rechte, den Begriff der bona fides lediglich auf die subjective Ueberzeugung beschränkt. Ob der Besitzer hinreichende Gründe habe, die Sache für die seinige zu halten, oder ob er das Gegentheil vermuthen müsse, einer solchen Untersuchung kann der redliche Besitzer nicht ausgesetzt sein. Es giebt ehrliche Menschen, welche dabei sehr beschränkt in ihrem Urtheilsvermögen sind.

Allerdings macht es, wie in der l. 3 § 5 D. de adquir. vel amittenda possess. gesagt wird, keinen großen Unterschied, ob der Besitz ein rechtmäßiger oder unrechtmäßiger ist. Aber in Beziehung auf die Folgen des Besitzes kommt auf diesen Unterschied wohl Etwas an, weil der in Gemäßheit des § 187 des B. G.-B. erworbene rechtmäßige Besitz,

wenn er zugleich redlich erworben ist, außer zur Ersitzung nach § 325 auch zur sog. Publiciana in rem actio berechtigt.

Rechtsgründe, durch welche Eigenthum erworben werden kann, sind z. B. der Kauf, die Schenkung das Vermächtniß, das Geben an Zahlungsstatt. (Man vergl. Siebenhaar a. a. O. S. 169 folg. S. 299 folg. S. 378 folg.)

---

§ 188. Redlicher Besitzer einer Sache ist Derjenige, welcher glaubt, Eigenthümer derselben zu sein. Redlichkeit des Besitzes wird vermuthet.

Zu diesem § sind die **Motive** zu dem vorigen § zu vergleichen.

Uebrigens mag hier noch die Bemerkung beigefügt werden, daß die Besitzergreifung im Falle der Occupation oder der Uebergabe auch eine Eigenthumserwerbung enthalten kann (§§ 227. 253 des B. G.-B.).

Der rechtmäßige und unrechtmäßige, der redliche und unredliche Besitz werden sich in der Regel decken. Dessenungeachtet wird sich, da namentlich nach § 265 zur Ersitzung redlicher Besitz während der ganzen Ersitzungszeit erfordert wird, doch denken lassen, daß nicht jeder rechtmäßige Besitz auch ein redlicher sei.

---

§ 189. Bei Beurtheilung der Redlichkeit eines Besitzes, welchen ein gesetzlicher Vertreter ausübt, kommt es auf den Glauben des Letzteren und, wenn mehrere Vertreter vorhanden sind, auf den Glauben der Mehrzahl an. Wenn jedoch der Vertretene willensfähig ist, so treffen ihn die Nachtheile der eigenen Unredlichkeit, obgleich der Vertreter sich im redlichen Glauben befindet.

Motive. Dieser § betrifft insbesondere auch den Besitz der juristischen Personen. Am meisten Bedenken kann die Bestimmung haben, daß, wenn mehrere Vertreter vorhanden sind, bei der Beurtheilung der Redlichkeit des Besitzes es auf den Glauben der Mehrzahl ankommen soll.

Man kann nämlich dagegen anführen, Dritten gegenüber gelte eine Körperschaft für eine (juristische) Person, deshalb seien auch die mehreren Vertreter derselben nur als Eine Person zu betrachten, eine Mehrzahl oder Minderzahl existire rechtlich dem Dritten gegenüber nicht, die ganze Person sei daher diesem gegenüber eine Person im unredlichen Glauben, wenn nicht die ganze Person frei davon sei; Beides zugleich, redlicher und unredlicher Glaube, könne in einer Person nicht sein. Indessen ergiebt eine nähere Betrachtung, daß erstens dieser Einwand auf ein durchgängiges Identificiren der juristischen Person mit der physischen hinausläuft, während zwischen diesen Personen eine Gleichheit blos soweit besteht, als sie von den Gesetzen anerkannt wird, und daß zweitens aus den vorausgeschickten Prämissen ebenso gut das Vorhandensein des redlichen Glaubens gefolgert werden kann, wie daraus der unredliche Glaube gefolgert worden ist. Läßt sich hiernach mit solchen rein logischen Gründen in dem vorliegenden Falle nichts beweisen, ist man vielmehr dabei blos auf Zweckmäßigkeitsgründe verwiesen, so hat man sich für die Bestimmung, wie sie dieser § enthält, im Interesse der juristischen Personen um so unbedenklicher entschieden, als die Gefahr, daß daraus erhebliche Unzuträglichkeiten entstehen möchten, durch die Vorschrift über die Personenvereine beseitigt erscheint.

---

§ 190. Fehlerhaft ist der Besitz Desjenigen, welcher die Sache durch Gewalt oder heimlich an sich gebracht hat, oder die bis auf beliebigen Widerruf empfangene Sache nach geschehenem Widerrufe nicht zurückgiebt.

Motive. Mit den Worten: „auf beliebigen Widerruf empfangene Sache" hat das precarium ausgedrückt werden sollen. Der Ausdruck: „Gefälligkeit", welcher mitunter dafür gebraucht wird, deutet auf das innere moralische Motiv der Handlung und enthält keinen Rechtsbegriff. Ebenso ist die „Unentgeltlichkeit" kein charakteristisches, wenigstens kein ausschließliches Merkmal des precarium.

Von den sog. Fehlern des Besitzes (precarium, vis, clandestinitas) wird das precarium in dem gegenwärtigen § als das Nichtzurückgeben einer bis auf beliebigen Widerruf empfangenen Sache nach geschehenem Widerruf definirt. (Man vergl. Annalen N. F. Bd. 1, S. 213.) Als vis gilt jede Besitzergreifung, welche unter Beseitigung der entgegengesetzten thätlichen Hindernisse erfolgt (§ 584). Clandestinitas endlich ist die Besitzergreifung, welche in einer Art und Weise geschieht, daß der zum Widerspruch dagegen Berechtigte keine Kenntniß davon erlangen soll (§ 585).

---

§ 191. Nur an einzelnen Sachen findet Besitz statt. Wer einzelne von ihm besessene Sachen zu einem Ganzen verbindet, setzt den Besitz derselben in dem Ganzen fort. Wird die Verbindung einzelner Sachen zu einem Ganzen aufgehoben, so wird der Besitz an den einzelnen Sachen fortgesetzt.

Nach dem ersten Satze des § ist der Besitz an einer Gesammtsache (§ 62), als einem Ganzen, z. B. an einem Gutsinventarium, an einer Bibliothek, ausgeschlossen. Soviel weiter den zweiten und dritten Satz betrifft, so beziehen sie sich nicht auf die Fälle, in welchen der Urheber der Verbindung jure accessionis Eigenthümer der neuen Sache wird, weil in diesen Fällen der Besitz nur an dem Ganzen statt hat und derselbe nach Aufhebung der Verbindung an den in dem Ganzen verbunden gewesenen Bestandtheilen nicht fortgesetzt werden, sondern nur beginnen kann. Beide Sätze handeln vielmehr nur von den Fällen, in welchen der Besitzer einzelne von ihm besessene Sachen in der Weise zu einem Ganzen verbindet, daß sie nicht integrirende Bestandtheile des letzteren werden, z. B. Ziegel auf einem Dache, und in diesen Fällen kann allerdings dem bloßen Anbringen der einzelnen Sachen in oder an dem Ganzen eine rechtliche Bedeutung nicht beigelegt werden, weil die einzelne Sache sowohl während der Verbindung, als auch nach Aufhebung der letzteren als einzelne besessen wird. So interpretirt steht der § in allen drei Sätzen mit dem römischen Rechte im Einklange l. 30 § 1 D. de usurpat. l. 23 pr. D. eod. l. 3 § 13. l. 30 pr. l. 44 D. de adquir. possess.

---

§ 192. Eine Sache kann zu gleicher Zeit von Mehreren nicht ungetheilt, wohl aber nach ideellen Theilen besessen werden.

Motive. Dieser § enthält den Satz, daß eine possessio plurium in solidum nicht möglich ist, und hat seinen Grund darin, daß, so lange der Besitz fortdauert, kein neuer angefangen werden kann und wenn ein neuer Besitz angefangen werden soll, der vorige aufgehört haben muß. Dagegen ist eine compossessio plurium pro indiviso oder nach ideellen Theilen möglich, doch wird

zur Besitzergreifung einer solchen die auf bestimmte Theile gerichtete Absicht der Besitzergreifer vorausgesetzt. (l. 26 D. de dquir. possess.)

Die Schlußbemerkung der Motive beruht auf der Ansicht, daß die Worte in der l. 32 § 2 D. de usurp. „mera subtilitate" soviel heißen, als „im Rechtssinn", „juristisch" [1]. Diese Auslegung der angegebenen Gesetzstelle hat zwar in neuerer Zeit wieder Angriffe erfahren. Indessen dürften doch die Worte „mera subtilitate" sich nur darauf beziehen, daß, wenn Mehrere pro indiviso besitzen, sich der physische Theil nicht angeben läßt, welchen der Einzelne suo oder alieno nomine besitzt. Uebrigens kann eine possessio plurium in solidum nicht so gedacht werden, daß Mehrere rechtmäßig oder unrechtmäßig in solidum besitzen, wohl aber, unter besonderen Verhältnissen (man vergl. Hug. Donelli comment. t. 9 pag. 299 sequ.), so, daß der Eine rechtmäßig, der Andere unrechtmäßig besitzt.

---

§ 193. Zur Erwerbung des Besitzes gehört Willensfähigkeit. Juristische Personen, des Vernunftgebrauchs Beraubte und Personen, die im Kindesalter stehen, erwerben den Besitz durch Vertreter.

Dieser § ist ein Folgesatz aus dem § 186, wonach Detention der Sache und Wille, daran Eigenthum zu haben, die wesentlichen Voraussetzungen des Besitzes ausmachen. Man vergl. auch §§ 53. 81 des B. G.-B.

Dieser § enthält mit wenigen Worten eine Menge tief eingreifender Sätze. Soviel nämlich erstens das an die Spitze gestellte Princip betrifft, daß die Erwerbung des Besitzes Willensfähigkeit erfordert, so folgt daraus einmal, daß Personen, welche den animus possidendi nicht haben können, z. B. im Kindesalter Stehende, juristische Personen, des Vernunftgebrauchs Beraubte, Schlafende, nicht Besitz erwerben, das andere Mal, daß Dasselbe aber auch von Personen gilt, welche zwar den animus possidendi haben können, aber nicht haben, z. B. wenn es sich um einen unbestimmten Theil eines Grundstücks handelt, wenn Jemand gar nicht besitzen will, sondern, z. B. als Gastfreund, sich in einem Grundstücke befindet, oder wenn Jemand nicht suo, sondern alieno nomine die Sache übergeben erhält und in Empfang nimmt.

Soviel weiter den zweiten Satz anlangt, so hat der Besitz die Eigenthümlichkeit, daß er unmittelbar durch Vertreter erworben wird, wenn diese den Besitz für die Vertretenen erwerben, vorausgesetzt, daß sie nicht etwa selbst, wie dieß z. B. bei dem des Vernunftgebrauchs Beraubten der Fall ist, den animus possidendi nicht haben können. Namentlich unterscheidet sich der Besitz in so weit von anderen Rechten, z. B. Eigenthum, Nießbrauch, Forderung.

---

§ 194. Der Besitz wird erworben, wenn Jemand durch eine einseitige Handlung oder durch Uebergabe in ein solches Verhältniß zu der Sache tritt, daß er beliebig auf dieselbe einwirken kann, und wenn der Wille, Eigenthum an ihr auszuüben, hinzukommt.

Motive. Zu diesem § ist nur zu erwähnen, daß der Hinzutritt des animus possidendi zur Apprehension nicht nothwendig zugleich mit dieser zu erfolgen braucht.

---

1. Puchta, Vorlesungen Bd. 1, S. 484 not. 1.

Ein Fall, in welchem der Besitzwille nachträglich zu der Detention hinzutritt, ist der der sog. traditio brevi manu in § 200 des B. G.-B.

Wenn ein solches Verhältniß anzunehmen sei, vermöge dessen Jemand auf die Sache beliebig einwirken kann, ist lediglich quaestio facti. Einige Beispiele geben die §§ 196—199 des B.G.-B.

---

§ 195. Durch seinen Willen allein kann Derjenige, welcher eine Sache für einen Anderen inne hat, seine Inhabung nicht in Besitz verwandeln, selbst nicht, wenn er die Sache als seine eigene erkennt.

Man kann allerdings nicht verkennen, daß die Anwendbarkeit des Grundsatzes: nemo sibi causam possessionis mutare potest, nach dem Verschwinden der sog. lucrativa oder improba usucapio pro herede (man vergl. Gaji inst. Lib. II. §§ 52—58), auf welche er sich wahrscheinlich ursprünglich bezogen hatte, im römischen Rechte nicht außer allem Zweifel gewesen sein mag. (l. 19 § 1 D. de adquir. vel amittenda possess. l. 1 § 2 D. de donat.) Indessen finden sich in den römischen Rechtsquellen doch wenigstens einige Fälle, in welchen von jenem Grundsatze Gebrauch gemacht wird. So soll z. B. Derjenige, welcher in der Wirklichkeit nicht besitzt, nicht blos durch seinen Willen, zu besitzen, den Besitz erlangen können (l. 3 § 19 l. 19 § 1 D. de adquir. vel amitt. possess. l. 5 Cod. eod. l. 33 § 1 D. de usurp. l. 2 § 1 D. pro hered. l. 23 Cod. de locat. cond.).

Aber, wie man auch hierüber denken mag, das Recht kann diesen Grundsatz nicht entbehren und namentlich mit Beziehung hierauf hat der gegenwärtige § in dem Gesetzbuch Aufnahme gefunden, indem man nach den speciellen Motiven zu diesem § von nachstehenden Ansichten ausgegangen ist:

a) Die Regel: nemo sibi causam possessionis mutare potest habe einen tiefer liegenden Grund, welcher, obschon das Verhältniß, bei dem sie von den Röm. Juristen angewendet worden, längst weggefallen sei, immer noch seine Wirksamkeit habe. Dieser Grund sei der, daß ein neuer Besitz nicht beginnen könne, bevor der frühere aufgehört habe, daß also Derjenige, welcher bereits den Besitz erlangt habe, so lange dieser Besitz dauere, nicht von Neuem zu besitzen anfangen könne.

b) So viel sei allerdings richtig, daß die angegebene Regel die uns aus Gajus bekannt gewordene eigentliche Bedeutung des älteren Röm. Rechts verloren habe, seitdem von einer usucapio pro herede im Sinne dieses älteren Rechts nicht mehr die Rede sein könne. Allein es habe die Regel einen allgemeineren Sinn, nach welchem sie noch gegenwärtig als gültig zu betrachten sei. Man könne nämlich zwar zugeben, daß jene Regel speciell nur den Zweck habe, die rechtliche Bedeutung der bona fides bei der Verjährung hervorzuheben; der allgemeine Sinn derselben gehe aber dahin, daß Niemand einseitig den Grund seiner possessio ändern solle. (Vergl. unter andern l. 6 § D. de precar.)

c) Die angeführte Regel enthalte ein vorzügliches Zeugniß der praktischen Weisheit der Röm. Juristen, indem es ohne sie zu einer unfehlbaren Rechtsverwirrung führen würde, wenn jeder detentor durch bloße Veränderung seines Willens die Detention in Besitz verwandeln und sich dadurch die Vortheile des Besitzes, namentlich die Besitzrechtsmittel, sogar gegen seinen auctor verschaffen könnte; es würde Niemand mehr wagen können, ein Rechtsgeschäft einzugehen, durch welches er einem Anderen die bloße Detention zu überlassen gemeint wäre, weil er be-

fürchten müßte, daß im nächsten Augenblicke sein Mitcontrahent seinen animus ändere und dadurch ihn aus dem Besitze setzen würde.

---

§ 196. Einseitige Erwerbungshandlungen sind bei unbeweglichen Sachen insbesondere die Verrainung, Einzäunung, Bestellung, Benutzung, das Betreten derselben, und bei beweglichen Sachen insbesondere die Ansichnahme, die Bewachung derselben.

Motive. Dieser § giebt blos beispielsweise einige Arten der Besitzergreifung an; die allgemeine Regel, daß dazu ein solches Verhältniß zu der Sache gehört, vermöge dessen beliebig auf dieselbe eingewirkt werden kann, ist bereits in § 194 aufgestellt.

Eine einseitige Besitzergreifung ist diejenige, welche sich auf eine res nullius (Occupation), oder auf eine Sache bezieht, an welcher der Besitz so ergriffen wird, als ob sie eine res nullius wäre, mit anderen Worten, welche nicht von einem Anderen tradirt wird, sondern durch thatsächliche Ergreifung (Ansichnahme) unter die menschliche Herrschaft kommt. Die natürliche Art dieser einseitigen Besitzergreifung ist bei den beweglichen Sachen das Ergreifen mit der Hand, bei unbeweglichen Sachen (Grundstücken und Gebäuden) die Herstellung eines solchen thatsächlichen Verhältnisses zu denselben, vermöge deren auf sie beliebig eingewirkt werden kann. Ohne eine solche Ergreifung kann der Besitz an Sachen nicht einseitig erworben werden. Soviel die beweglichen Sachen betrifft, so wird der Besitz, namentlich an wilden Thieren, an einem thesaurus, an zu einer Erbschaft gehörigen Sachen nur durch Ansichnahme erworben und, wenn im vorstehenden § auch die Bewachung mit aufgeführt wird, so bezieht sich dieß auf solche bewegliche Sachen, welche wegen ihrer Größe oder Schwere nicht von der Stelle gebracht werden können, in welchem Falle auch schon nach römischem Rechte durch Anlegung einer Wache der Besitz an einer beweglichen Sache erworben werden konnte. (l. 51 D. de adquir. possess.) Soviel weiter die unbeweglichen Sachen anlangt, so kann der Besitz an denselben nicht blos durch Betreten, Bestellen, Benutzung (namentlich auch durch Bebauung einer area), sondern auch durch Verrainung und Einzäunung, einseitig erworben werden; es ist aber, soviel die natürlichen Arten der einseitigen Besitzergreifung anlangt, immer im Auge zu behalten, daß der Besitz lediglich an dem Theile erworben wird, welcher thatsächlich ergriffen worden ist.

---

§ 197. Soll der Besitz einer von einem Anderen besessenen Sache einseitig erworben werden, so muß durch die Erwerbungshandlung der Verlust des Besitzes bei dem Anderen herbeigeführt worden sein.

Wenn der Verlust des Besitzes bei dem Anderen herbeigeführt worden sei, ist nach den auf den Verlust des Besitzes bezüglichen Vorschriften in §§ 211—216 des B. G.-B. zu beurtheilen. Uebrigens folgt dieser Satz aus der Unmöglichkeit des Besitzes Mehrerer in solidum.

---

§ 198. Die Uebergabe einer unbeweglichen Sache geschieht dadurch, daß der bisherige Besitzer Denjenigen, welcher den Besitz erwerben soll, in dieselbe einführt

oder ihm die Sache in deren Nähe zeigt, oder daß der Erwerber mit Einwilligung des bisherigen Besitzers den Besitz ergreift.

Der vorstehende § stimmt mit dem gemeinen Rechte überein[1]. Uebrigens bedarf es wohl nicht erst der Erwähnung, daß noch hängende Früchte, noch auf dem Stamme stehendes Holz u. s. w. nicht, von dem Grundstücke getrennt, übergeben werden können. (Man vergl. Annalen N. F. Bd. 1, S. 417.)

---

§ 199. Die Uebergabe einer beweglichen Sache geschieht dadurch, daß der bisherige Besitzer Demjenigen, welcher den Besitz erwerben soll, die Sache einhändigt oder sie vor demselben mit dessen Einwilligung hinlegt, oder die Schlüssel zu dem Behältnisse, in welchem sie sich befindet, in dessen Nähe übergiebt, oder daß mit Einwilligung des Ersteren der Letztere den Besitz ergreift.

Motive. Aus der Vorschrift, es könne die Uebergabe einer beweglichen Sache auch dadurch geschehen, daß die Sache mit Einverständniß Desjenigen, welcher den Besitz daran erwerben solle, in dessen Gegenwart hingelegt wird, folgt für die Lehre von den Forderungen, daß die Erfüllung derselben als geschehen zu betrachten ist, wenn der Schuldner den Gegenstand, in der Absicht zu erfüllen, vor den Gläubiger mit dessen Einverständniß hingelegt hat.

Auch diese Bestimmung ist gemeinrechtlich. Namentlich gilt dieß auch von der Uebergabe der Sache durch Uebergabe der Schlüssel zu dem Behältniß, in welchem sich die Sache befindet[2].

Die in den §§ 198. 199 angegebenen Arten der Besitzerwerbung, welche bei der Tradition, neben der natürlichen Besitzergreifung, statt haben, lassen sich auf vier Gruppen zurückführen: 1) wenn der Besitzer erklärt, daß er den Besitz an der sich in der Nähe (in praesentia et in conspectu) befindlichen (beweglichen oder unbeweglichen) Sache übergebe und der andere Theil den Willen hat, den Besitz an der Sache zu erwerben (sog. traditio longa manu), 2) wenn der Besitzer die Schlüssel zu dem Behältnisse, in welchem sich die Sache befindet, in dessen Nähe übergiebt, 3) wenn der Besitzer die Sache vor Denjenigen, welcher deren Besitz erwerben soll, mit dessen Einwilligung hinlegt, 4) wenn, was zwar nicht in den §§ 198. 199 gesagt wird, wohl aber aus dem § 196 folgt, der Besitzer erklärt, er übergebe die Sache und der andere Theil, weil sich die Sache nicht von der Stelle fortbringen läßt, eine Wache anlegt. Alle vier Gruppen sind nicht symbolische Traditionsarten, sondern Handlungen, durch welche die Sache in die Macht oder Obhut Desjenigen kommt, welcher den Besitz erwerben will. Zu der unter Nr. 3 erwähnten Gruppe würde auch der Fall gehören, in welchem der bisherige Besitzer mit Einwilligung oder auf Geheiß Desjenigen, welcher den Besitz erwerben will, die Sache in dessen Wohnung oder an einem anderen bestimmten Orte hinlegt. Die in den §§ 198. 199 außerdem noch erwähnte Traditionsart, nämlich die Besitzergreifung mit Einwilligung des bisherigen Besitzers, hat nur etwa das Besondere, daß die Erklärung zu übergeben und die Besitzergreifung in der Zeit auseinander liegen.

Die Tradition des Besitzes setzt den Willen des Besitzers, den Besitz zu übertragen,

---

1. Man vergl. § 36 de pactis. l. 77 D. de R. V. l. 4 pr. D. de usuris. l. 18 § 2 l. 33. 34 D. de adq. vel amitt. poss. l. 5. 12 D. de vi. l. 35 § 1 D. de donat.

2. l. 74 D. de contrahenda emt.

voraus; es geht also der Besitz nicht über, wenn die Sache in Folge Hinterlegungsvertrages, Mandates u. s. w. überhaupt blos zu dem Ende, daß der Empfänger nomine des Tradenten besitzen soll, übergeben wird. Jedoch kann der Tradent den Besitz auch in diesen Fällen verlieren, z. B. wenn er die Sache dem Eigenthümer verpfändet hat.

Ein Irrthum bei der Tradition ist nach den allgemeinen Vorschriften über den Irrthum (§§ 95. 96) zu beurtheilen. Eine der Tradition beigefügte Suspensivbedingung hat die Wirkung, daß der Besitz erst mit dem Eintritte der Bedingung als übergeben gelten kann (§ 112). Eine Resolutivbedingung könnte nur obligatorische Wirkung haben.

---

§ 200. Ist Jemand Inhaber einer Sache und erwirbt er dieselbe von dem bisherigen Besitzer, so erlangt er den Besitz derselben mit dem bloßen Willen, an der Sache für sich Eigenthum auszuüben.

Die im vorstehenden § angegebene Art der Besitzerwerbung ist die sog. traditio brevi manu.

Der § enthält nicht etwa eine Ausnahme von der allgemeinen Regel über den Besitzerwerb. Denn berücksichtigt man sowohl die Zeit, zu welcher die Inhabung der Sache erlangt worden, als auch die Zeit, zu welcher der Wille, die Sache als die seinige zu haben, hinzugetreten ist, so liegt klar vor, daß der Besitz nur corpore et animo erworben worden ist.

---

§ 201. Wird durch ein Rechtsgeschäft des bisherigen Besitzers mit einem Anderen der Besitz des Ersteren in eine Inhabung für den Letzteren verwandelt, so ist dieß als eine Uebergabe des Besitzes an diesen anzusehen. Ist ein Dritter Inhaber der Sache für den bisherigen Besitzer, so muß zu dem den Uebergang des Besitzes bezweckenden Rechtsgeschäfte die Anweisung des Besitzers an den Dritten hinzukommen, die Inhabung für den neuen Besitzer fortzusetzen.

Der erste Satz dieses § betrifft die Art der Besitzeserwerbung, welche mit dem Ausdrucke „constitutum possessorium" bezeichnet wird. Die nach dem zweiten Satze erforderliche Anweisung des Besitzers an den dritten Inhaber ist an keine besondere Form geknüpft und kann daher auch durch eine bloße Anzeige an den Dritten geschehen.

Soviel den ersten Satz des § angeht, so liegt die ratio darin, daß der bisherige Besitzer in Folge des constituti possessorii in seinem Namen zu besitzen aufhört und in fremdem Namen zu besitzen anfängt. Das Gesetzbuch schließt sich ganz an das römische Recht an (l. 3 § 6 l. 18 § 1 D. de adq. possess.). Daß das constitutum possessorium von dem oben zu §§ 198. 199 unter Nr. 1 erwähnten Falle differirt, bedarf nicht erst der Erwähnung. (Man vergl. übrigens Annalen N. F. Bd. 1, S. 29 folg. Bd. 3, S. 78.) In dem Vorbehalte des Eigenthums liegt nie ein constitutum possessorium.

Das Gesetzbuch übergeht die römische Tradition durch Uebergabe des Kaufsinstruments. (l. 1 Cod. de donat.) Auch ist es ganz begründet, daß diese Traditionsart nicht zu einem allgemeinen Principe des bürgerlichen Rechts erhoben werden kann. Wohl aber dürfte sich nachweisen lassen, daß der Gesichtspunkt des römischen Rechts über die Tradition der Kaufsinstrumente der Begebung der Wechsel und den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs Art. 300—305 über kaufmännische Papiere, Ladescheine, Conossement, Lagerscheine u. s. w. zu Grunde liegt. Doch gehört das Weitere nicht hierher, und nur

die Bemerkung mag beigefügt werden, daß für die Begriffsbestimmung dieser Papiere der Gesichtspunkt des Papieres, als Sache, (Legitimationspapiere), entscheidend ist.

---

§ 202. Die Besitzerwerbung durch gesetzliche Vertreter ist nach deren Handlung und Willen zu beurtheilen.

Der Entwurf enthielt als § 212 noch folgende Bestimmung:
Die Erwerbung des Besitzes kann durch Stellvertreter geschehen.

Da diese selbstverständliche Vorschrift bereits dem § 189 des B. G.-B. zu Grunde liegt, so hat man den angegebenen § 212 als überflüssig gestrichen und blos den vorstehenden §, welcher in dem Entwurfe § 213 war, beibehalten.

In wie weit es bei der Beurtheilung der Redlichkeit des von einem gesetzlichen Vertreter ausgeübten Besitzes auf den Willen des Vertretenen ankommt, ist in § 189 des B. G.-B. bestimmt.

---

§ 203. Wer einem Anderen Auftrag zur Erwerbung des Besitzes gegeben hat, erwirbt den Besitz mit der Ergreifung oder der Uebernahme durch den Beauftragten. Ergreift Jemand ohne Auftrag Besitz für einen Anderen, so erwirbt Letzterer denselben von der Genehmigung an.

Soviel den ersten Satz des § angeht, so setzt die Erwerbung des Besitzes durch einen Mandatar voraus, daß dieser erstens den Besitz auf eine der in vorstehenden §§ angegebenen Weisen erworben, also namentlich die Sache nicht etwa schon vorher besessen hat, auch nicht zu den Personen gehört, welchen die zur Erwerbung des Besitzes erforderliche Willensfähigkeit fehlt, und zweitens auch den Willen hat, für seinen Mandatar den Besitz zu erwerben und zu besitzen. Denn hätte der Mandatar diesen Willen nicht gehabt, so würde der Mandant den Besitz nicht erworben haben, weil, wenn dem Mandatar die Sache für den Mandanten übergeben worden wäre, der Mandatar aber vor der Empfangnahme erklärt hätte, daß er den Besitz für sich erwerben wollte, und die Tradition an ihn dessenungeachtet erfolgt wäre, der Mandatar den Besitz erworben haben würde, und wenn der Tradent in der Meinung gestanden hätte, die Sache für den Mandanten zu übergeben, der Mandatar aber für sich hätte erwerben wollen, der Besitz gar nicht übergegangen wäre.[1]

Hieraus ergiebt sich, daß davon, ob der Mandatar eine specielle, oder generelle Vollmacht habe, oder wohl gar ein procurator omnium bonorum sei, für die Frage, ob der Mandant durch ihn Besitz erworben habe, etwas nicht ankommen kann, weil immer nur die Thatsache entscheidet, ob der Mandatar den Besitz für seinen Mandanten erworben hat, was sich auch aus den Umständen ergeben kann, z. B. wenn der Verwalter eines Gutes sich für dieses eine Sache hat tradiren lassen. Der Besitz wird aber auch durch jeden Dritten erworben, ohne Unterschied, ob der Dritte Auftrag gehabt, aus Freundschaft oder in der Absicht, fremde Geschäfte zu führen, gehandelt hat. Die Frage, ob ein Auftrag vorhanden sei, oder nicht, hat lediglich Einfluß auf das Verhältniß des Dritten zu Demjenigen, in dessen Namen er den Besitz erworben hat.

---

1. § 5. I. per quas pers. l. 13 p. D. de adq. r. d. l. 1. §§ 19. 20. 49 § 2. D. de adquirend. vel amittenda poss. l. 47 D. de usurp. l. 1 Cod. de adq. vel amitt. (Man vergl. auch Hug. Donelli comm. l. l. t. 3 pag. 94 sequ.)

Der zweite Satz des § ist gemeinrechtlich.[1] Der Grundsatz ratihabitio mandato aequiparatur, findet hier keine Anwendung, weil der Besitz eine Thatsache ist, rücksichtlich deren eine Retrotraction der Ratihabition undenkbar ist.

---

§ 204. Werden Sachen übersendet und hat der Empfänger derselben die Art der Uebersendung bestimmt, so erwirbt er den Besitz der Sachen, sobald sie in der von ihm bestimmten Art zur Versendung übergeben worden sind.

In dem vorstehenden § liegt der Nachdruck in der Bestimmtheit der Uebersendungsart. Diese Bestimmtheit läßt sich in einer dreifachen Art denken, nämlich in Beziehung auf den Ort, an welchem die Sache abgegeben werden soll, z. B. wenn ein Reisender, welcher eine Sache gekauft hat, den Verkäufer anweist, die Sache in dem Gasthofe, in dem er wohnt, abzugeben, zweitens in Beziehung auf die Person, welcher die Sache tradirt werden soll, z. B. wenn der Käufer den Verkäufer anweist, die gekaufte Sache seinem Diener oder einem Boten zu übergeben, und drittens in Beziehung auf die Art der Uebersendung, z. B. wenn der Käufer den Verkäufer anweist, die gekaufte Sache durch eine Person zu übersenden, welche die Verbindung zwischen den Bewohnern verschiedener Orte regelmäßig und blos mechanisch vermittelt, z. B. durch einen Botenfuhrmann. Ist die Uebersendungsart in einer der vorstehend drei angegebenen Weisen bestimmt und die Sache dem gemäß an dem bestimmten Orte niedergelegt oder der bestimmten Person übergeben worden, so liegt darin eine Tradition. Man will keinen besonderen Werth darauf legen, daß, wenigstens nach dem Ausspruche des Celsus, l. 18 § 1 D. de adquir. possess., der Besitz durch die mit dem Willen, den Besitz aufzugeben, geschehene Tradition an eine Person, welche den Willen, Besitz zu erwerben, nicht hat, z. B. an einen des Vernunftgebrauchs Beraubten oder Schlafenden, verloren wird. Aber die angegebenen Fälle stehen dem oben S. 216 erwähnten Falle, in welchem Derjenige, welcher den Besitz erwerben will, dem Tradenten zur Niederlegung der Sache in seiner Behausung Anweisung giebt und der Tradent dieß thut, völlig gleich und so wenig bezweifelt werden kann, daß in diesem Falle der Besitz übergehe, so wenig läßt sich dieß in den hier angegebenen Fällen bezweifeln.

Anders verhält es sich aber, wenn es sich um die Uebersendung von Waaren durch einen (nicht ausdrücklich genannten) Spediteur handelt. In diesem Falle kann, sofern nicht besondere Verhältnisse eine andere Beurtheilung rechtfertigen, in dem bloßen Umstande, daß die Waare in die Detention eines Spediteurs gekommen ist, der Uebergang des Besitzes auf den Käufer nicht gefunden werden. Vielmehr wird es sowohl bei dem Käufer, als bei dem Spediteur an dem Besitzeswillen fehlen, bei ersterem, weil nicht vorauszusetzen ist, daß er die Waare durch den Spediteur in Empfang zu nehmen beabsichtigt habe, bei letzterem, weil ihm über das der Waarensendung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, namentlich ob die Waare gekauft, in Commission gegeben oder aus einem anderen Grunde versendet worden sei, etwas nicht bekannt sein wird. Hierzu kommt aber auch, daß Waarenbestellungen von auswärts in der Regel nur in genere stattfinden. Zwar geschieht der Transport auch blos in genere gekaufter Waaren im Zweifel auf Gefahr des Käufers. Allein dieß ist nur unter der Voraussetzung der Fall, daß die Waare contractmäßig geliefert worden ist[2]. Hat jedoch der Absender einen nach Art. 413. 414 des allg. D.

---

1. l. 2. 4. D. de negot. gest. l. 42. D. de adq. vel amitt. poss. (Man vergl. auch Annalen N. F. Bd. 3, S. 42.)

2. Man vergl. Neues Archiv für Handelsrecht Bd. 3, S. 265 folg., wo auch die auf diese

H.-G.-B. von dem Frachtführer ausgestellten Ladeschein dem Destinatär übergeben oder übersendet, so liegt darin eine Tradition der Waare, vermöge der Vorschriften der Art. 416—418. (Man vergl. auch oben S. 217.)

---

§ 205. Wer im Besitze thatsächlich gestört wird, kann gegen Denjenigen welcher den Besitz gestört hat, auf Schutz im Besitze, auf Androhung einer Strafe für weitere Störungen und auf Ersatz der entstandenen Schäden klagen.

Motive. Bei diesem § ist darauf aufmerksam zu machen, daß durch die Worte: „thatsächlich gestört wird", ingleichen: „Untersagung weiterer Eingriffe" die Besitzklage in den Fällen ausgeschlossen ist, wo eine bloße turbatio verbalis, eine bloße wörtliche Beunruhigung durch Bestreiten und Sichzuschreiben des Besitzes stattgefunden hat. Der Besitz körperlicher Sachen — im Gegensatze zu der juris quasi possessio — kann hiernach nicht als durch bloße Aeußerungen gestört gelten, und es besteht daher ein Befugniß auf Anerkennung eines solchergestalt gestörten Besitzes nicht.

Unter den Rechten des im Besitze Gestörten ist das demselben gemeinrechtlich zustehende, Sicherstellung für die Zukunft zu fordern, nicht mit aufgeführt, weil die bisherige Praxis sich auf die Androhung einer Geldstrafe beschränkt hat und ein Bedürfniß, noch weiter zu gehen, nicht vorhanden ist.

Das Weitere über die Besitzklagen wegen Besitzstörungen enthalten die §§ 556—562. Ueber die Frage, ob es nach dem bürgerlichen Gesetzbuch noch ein possessorium ordinarium giebt, vergl. Annalen N. F. Bd. 3, S. 473. Die condictio possessionis ist kein dem Besitze, als solchem, zukommendes Recht.

---

§ 206. Jeder kann gegen Denjenigen, welcher im Verhältniß zu ihm fehlerhaft besitzt, auf Wiederherstellung des Besitzes und Ersatz der verursachten Schäden klagen. Dieses Recht gilt auch gegen einen dritten Besitzer, welcher bei Erlangung des Besitzes wußte, daß sein Vormann die Sache fehlerhaft besaß.

Motive. Aus der Vorschrift dieses § folgt, daß eine Klage, welche lediglich darauf basirt ist, daß der Kläger die Sache, welche der Beklagte besitzt, früher einmal besessen habe, nicht für statthaft zu halten ist. Schon nach dem bisherigen Rechte wurde eine solche Klage nicht für begründet angesehen und gegen deren Einführung durch das Gesetzbuch machten sich nachstehende Erwägungen geltend:

a) Durch eine solche Klage würde in die Besitzstreitigkeit die Frage über den Rechtsgrund des Besitzes, also die Rechtsfrage hineingezogen. Hiernächst dürfte

b) eine solche Klage nicht einmal aus den Verhältnissen zu rechtfertigen sein indem das bloße factum, daß der Kläger die Sache einmal besessen habe, aber jetzt nicht mehr besitze, für sich allein kein Recht auf Wiederherstellung des Besitzes geben kann. Vielmehr kommt es dabei wesentlich darauf an, wie der Kläger selbst den Besitz verloren hat. Denn hat er ihn z. B. freiwillig aufge-

---

Frage bezüglichen neueren Gesetzgebungen angegeben sind. Aus dem allg. D. H.-G.-B. gehören hierher Art. 344. 345.

geben, oder auf einen Anderen übertragen, so hat er keinen Anspruch auf dessen Wiedererlangung.

Von den Fehlern des Besitzes handelt der § 190. (Man vergl. auch Annalen N. F. Bd. 3, S. 467.

---

§ 207. Der Beklagte kann sich gegen die Klage wegen Besitzstörung durch die Einrede schützen, daß der Kläger im Verhältniß zu ihm fehlerhaft besitze, und Verurtheilung des Klägers in demselben Rechtsstreite verlangen.

In den Motiven wird gesagt, es sei durch diesen § der Charakter der Duplicität, welcher den auf Erhaltung des Besitzes gerichteten Rechtsmitteln zukommt, auch auf die recuperatorischen Besitzklagen übertragen worden. Dieß beruht auf einem Uebersehen, welches darin seinen Grund hat, daß allerdings ursprünglich die Absicht dahin gegangen war, die interdicta retinendae et recuperandae possessionis in dem Merkmale der Duplicität einander gleichzustellen, auch der vorstehende § eine dieß ausdrückende Fassung erhalten hatte. Allein dieß war bei einer nochmaligen Revision des Entwurfs, vor dessen Vorlegung an die Stände, geändert worden, was in den Motiven außer Acht gelassen worden ist.

---

§ 208. Die Besitzklage steht auch Dem zu, welcher eine Sache zur Benutzung oder zum Zwecke seiner Sicherung inne hat.

Motive. Das Gesetzbuch hat in diesem § die Besitzklagen auch Demjenigen, welcher eine Sache zur Benutzung inne hat, und zwar „neben dem Besitzer" gegeben. Zu dieser Ausdehnung hat man sich theils durch die Ueberzeugung von dem praktischen Bedürfnisse derselben, theils durch die Erwägung bestimmen lassen, daß damit blos ein Schritt gethan werde, zu welchem eine consequente Fortbildung der Besitzlehre führe. Soviel insbesondere die gleichzeitige Berechtigung des Detentors und des Besitzers betrifft, so hat man die Bedenken, daß Mehrere die Sache nicht in solidum besitzen könnten und durch die Möglichkeit doppelter Klagen praktische Unzuträglichkeiten herbeigeführt werden möchten, nicht für begründet gehalten, weil, soviel das Erstere betrifft, es sich hier blos um eine Erweiterung des durch die Besitzklagen gewährten Rechtsschutzes handelt und soviel das Letztere anlangt, in den etwaigen Collisionsfällen die allgemeinen Bestimmungen über die Klagenconcurrenz ausreichen werden, den Beklagten gegen Benachtheiligungen zu sichern.

Die Worte „oder zum Zwecke der Sicherung" sind auf Antrag der Stände eingeschaltet worden. In dem zu § 187 angegebenen Dep.-Ber. der I. Kammer wird zur Rechtfertigung dieses Antrags gesagt: „es erscheint angemessen, in diesem § auch Desjenigen zu gedenken, welcher eine Sache zum Zwecke seiner Sicherung inne hat, z. B. des Pfandgläubigers, welchem nach dem Gesetzentwurfe, so wie bisher, blos ein qualificirtes Retentionsrecht zukommt, insbesondere aber die actio hypothecaria nicht zusteht; man hat sich daher mit der Königl. Regierung dahin geeinigt, nach den Worten „welcher eine Sache zur Benutzung" die Worte „oder zum Zwecke seiner Sicherung" einzuschalten. Durch diese Einschaltung erhält der Pfandgläubiger die Besitzklage, mithin in den rechtlichen Wirkungen dasselbe, was ihm durch den § 196 des Entwurfs gewährt werden soll. Dadurch wird die schon im gemeinen Rechte bestehende Singularität, daß der Faustpfandgläubiger einen sog. abgeleiteten Besitz hat, beseitigt."

Der § 208 übergeht mit Recht den Sequester. Schon nach römischem Rechte (l. 17 § 1 D. depos. l. 39 D. de adquir. possess.) hatte der Sequester nur dann einen Besitz, wenn die Deposition zu dem Zwecke geschehen war, daß der Besitz deponirt sein sollte (manet apud deponentem possessio, nisi apud sequestrem deposita sit). Hierin hat sich auch im heutigen Rechte Etwas nicht geändert. Ist aber die Deposition bei dem Sequester ausdrücklich mit der Bestimmung, daß der Besitz deponirt sei, geschehen, so versteht es sich von selbst, daß der Sequester die Besitzklagen hat. Uebrigens ist die Sequestration nach heutigem Rechte fast nur noch ein processualisches Institut.

Das Verhältniß zwischen Demjenigen, welcher die Sache zum Zwecke der Benutzung oder zum Zwecke seiner Sicherheit, z. B. als Faustpfandgläubiger, oder als Usufructuar, inne hat und dem Besitzer ist dahin zu bestimmen, daß der Letztere dem Ersteren gegenüber die Besitzklage nicht hat, dagegen dritten Personen gegenüber der Detentor und Besitzer zur Besitzklage berechtigt sind, jedoch nur Ein Mal geklagt werden kann und bei einem gleichzeitigen Klagen der Detentor dem Besitzer vorgeht. Letzteres hat seinen Grund darin, daß die Besitzklage des Detentor eine sog. utilis, d. h. eine zwar aus dem fremden Besitze abgeleitete, aber selbständige ist.

---

§ 209. Die Klage wegen Besitzentziehung kann Jeder anstellen, welcher aus seiner Inhabung mit Gewalt oder durch eine andere an sich widerrechtliche Handlung verdrängt worden ist.

Der vorstehende § betrifft das interdictum unde vi und das remedium spolii. Mit den Worten „oder durch eine andere an sich widerrechtliche Handlung" ist die bereits jetzt in der Praxis herrschende Meinung angenommen worden, daß die Spolienklage nur dann statt habe, wenn eine äußerlich erkennbare unerlaubte Handlung begangen worden ist[1].

---

§ 210. Die Besitzklagen in §§ 205. 206. 208. 209 verjähren in einem Jahre. Soweit der Beklagte durch die Störung oder Entziehung des Besitzes bereichert worden, verjähren sie in drei Jahren. Die Einrede des fehlerhaften Besitzes verjährt in einem Jahre von der Zeit an, zu welcher die Klage hätte angestellt werden können.

Motive. Zu diesem § ist zu bemerken, daß erstens hier blos von den Schäden die Rede ist, die mit dem Besitze und dessen Störung oder Entziehung zusammenhängen, während alle andere Schäden, die aus der Verletzung eines Rechts entstehen, mittelst einer darauf gegründeten besonderen Klage innerhalb der gewöhnlichen Verjährungszeit gefordert werden können, zweitens die innerhalb dreier Jahre zuläßige Ausführung der Schädenansprüche, soweit der Beklagte bereichert ist, ganz so wie die Besitzklage, namentlich auch insofern, als dadurch auf die gegenseitigen Rechtsverhältnisse nicht eingegangen werden darf, zu beurtheilen ist.

---

1. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. Jahrg. 9, S. 316 folg. Jahrg. 10, S. 65 folg. 343 folg. Annalen N. F. Bd. 1, S. 33 folg. Bd. 2, S. 268. Bd. 3, S. 96 folg.

Unter den Besitzklagen, welche nach den vorstehenden §§ in einem Jahre verjähren, ist die in § 209 erwähnte Spolienklage mit aufgeführt, so daß diese also ebenfalls der einjährigen Verjährung unterliegt.

---

§ 211. Der Verlust des Besitzes tritt ein mit dem Tode des Besitzers, mit dem Untergange der Sache, mit dem Aufhören der Macht über dieselbe und mit der Bethätigung des Willens, den Besitz aufzugeben.

Motive. Eine Folge des in diesem § ausgesprochenen Grundsatzes, daß der Besitz mit dem Tode des Besitzers aufhört, ist die in § 2323 des Entwurfs (§ 2288 des B. G.-B.) angegebene, daß der Besitz des Erblassers auf den Erben nicht übergeht.

Dieser § stellt eine allgemeine Regel über den Verlust des Besitzes auf; die §§ 212 folg. sind blos einzelne Anwendungen dieser Regel.[1]

Soviel den Verlust des Besitzes durch den Tod des Besitzers anlangt, so steht das Aufhören einer juristischen Person dem Tode einer physischen Person gleich. Dagegen verliert der Besitzer den Besitz nicht dadurch, daß er seines Vernunftgebrauchs beraubt (handlungsunfähig) wird.

Als ein Untergang der Sache gilt auch die Außerverkehrsetzung und die Specification derselben.

Ein Aufhören der Macht über die Sache ist es, wenn der Besitzer in Gemäßheit des § 201 tradirt, wenn ein Grundstück von dem Meere oder von einem Flusse überschwemmt wird, wenn eine bewegliche Sache gestohlen oder geraubt wird (§ 213) oder wenn ein wildes Thier seine natürliche Freiheit wieder erlangt (§ 229). Auch würde hierher der Fall gehören, in welchem der Besitzer die Sache dem Eigenthümer verpachtet, vermiethet, zum Faustpfande giebt.

Endlich würde als eine Bethätigung des Willens, den Besitz aufzugeben, unter anderem auch die Uebergabe an einen des Vernunftgebrauchs Beraubten, oder an einen Schlafenden, unter den in den l. 18 § 1 D. de adquir. amitt. possess. angegebenen Voraussetzungen, und die Deposition bei einem Sequester mit der Bestimmung, daß auch der Besitz deponirt sein solle, zu betrachten sein.

---

§ 212. Durch bloße Entfernung von der Sache oder Unterlassung von Besitzhandlungen geht der Besitz nicht verloren. Auch verliert Derjenige seinen Besitz nicht, welcher sich ihn im Falle von § 181 sofort wieder verschafft.

Durch den zweiten Satz dieses § ist der Moment bestimmt worden, mit welchem in den Fällen des § 181 des B. G.-B. der Besitz als verloren zu betrachten ist.

---

§ 213. Der Besitz einer beweglichen Sache geht insbesondere verloren, wenn sich ein Anderer der Sache bemächtigt, der Besitzer die Sache verliert, oder, sofern sie sich außer seinem Gewahrsame befindet, nicht auffinden kann, oder die Sache an einen unzugänglichen Ort geräth.

1. Die beste Interpretation der l. 8 D. de adquir. poss. (von Paulus) giebt Hug. Donellus l. l. t. 3. pag. 120 sequ. (Man vergl. auch l. 153 D. de reg. jur.)

Die in den Worten „der Besitzer die Sache — befindet" enthaltenen zwei Fälle werden in der Regel concurriren. Eine Sache nämlich ist verloren, wenn sie aufgehört hat, in der Obhut (custodia) zu sein. Die Sache befindet sich aber nicht mehr in der Obhut, wenn sie nicht aufgefunden werden kann, weil der Ort, an welchem sie sich befindet, unbekannt ist. So ist z. B. ein Hausthier verloren, wenn es nicht seiner Gewohnheit gemäß zurückkehrt und nicht aufgefunden werden kann. Dasselbe gilt, wenn eine Sache z. B. auf einer Reise aus einem Wagen verloren wird und der Reisende nicht weiß, wo er sie verloren hat. Dem Verlierer stehen behufs der Wiedererlangung der verlorenen und von einem Anderen gefundenen Sachen die Vorschriften in § 1565 und in §§ 239—243 des B. G.=B. zur Seite.

---

§ 214. Der Besitz einer unbeweglichen Sache geht verloren, wenn der Besitzer von einem Anderen verdrängt wird. Durch Besitzhandlungen eines Anderen während der Abwesenheit des Besitzers verliert der Letztere den Besitz der unbeweglichen Sache erst dann, wenn er nach erlangter Kenntniß davon sich den Besitz nicht sofort wieder verschafft.

Der zweite Satz dieses § stimmt mit den im gemeinen Rechte herrschenden Grundsätzen überein.[1]

---

§ 215. Vertritt ein Anderer den Besitzer in der Ausübung des Besitzes, so ist der Verlust des Besitzes der Sache nach dem Verhältnisse des Vertreters zur Sache zu beurtheilen.

Dieser § stellt die Regel auf, von welcher der § 216 Ausnahmen macht.

---

§ 216. Der Besitzer verliert den Besitz nicht, wenn sein Vertreter stirbt, oder willensunfähig wird, auch nicht durch den bloßen Willen des Letzteren, den Besitz aufgeben oder selbst oder für einen Dritten besitzen zu wollen. Dagegen geht der Besitz verloren, wenn der Vertreter sich die Sache durch eine körperlich daran vorgenommene Handlung zueignet oder den Besitz der Sache einem Dritten überläßt. In beiden Fällen tritt bei unbeweglichen Sachen der Verlust erst dann ein, wenn der Besitzer nach erlangter Kenntniß von der Untreue des Vertreters sich den Besitz nicht sofort wieder verschafft.

Durch diesen § sind einige Controversen entschieden, welche im gemeinen Rechte bestehen.

---

1. l. 6 § 1. l. 7. l. 18 § 3. 4. l. 25 § 2. l. 46. D. de adq. vel amitt. pos.

Zweite Abtheilung.
Von dem Eigenthume.
Erster Abschnitt.
Allgemeine Bestimmungen.

§ 217. Das Eigenthum gewährt das Recht der vollständigen und ausschließlichen Herrschaft über eine Sache.

Motive. In diesem und den folgenden §§ werden einige allgemeine Bestimmungen über das Eigenthum, die darin enthaltenen Befugnisse, die Beschränkungen des Eigenthums und das Miteigenthum gegeben. Auf schulgerechte Definitionen war es dabei eben so wenig, als auf eine erschöpfende Angabe aller in dem Eigenthume liegenden Befugnisse abgesehen. Vielmehr kam es blos darauf an, die Gegenstände, von welchen in dem Späteren gehandelt wird, im Allgemeinen zu charakterisiren und die Wirksamkeit des Eigenthums in denjenigen Beziehungen, in welchen dasselbe im Leben am meisten hervortritt, anzuzeigen.

Durch die Fassung des § 217 hat theils der Unterschied zwischen der thatsächlichen Macht, Inhabung und Besitz (§ 186) und dem Eigenthum als der rechtlichen Herrschaft bestimmt hervorgehoben, theils auch der innere Charakter des letzteren, der sich in der Vollständigkeit, und der äußere, der sich in der Ausschließlichkeit der Herrschaft kund giebt, bemerklich gemacht werden sollen. Die im § gegebene allgemeine Charakteristik entspricht übrigens der gemeinrechtlichen Begriffsbestimmung[1]. Der in § 228 des Entwurfs enthaltene limitirende Schlußsatz: „soweit nicht Beschränkungen besonders begründet sind", ist bei der Schlußredaction weggelassen worden, weil derselbe theils nach dem für alle Fälle, in denen das B. G.-B. eine Regel aufstellt, bestimmten § 27, theils auch wegen der Bestimmung in § 233 des Entwurfs (§ 222 des B. G.-B.) entbehrlich war.

---

§ 218. Das Eigenthum an einer Sache erstreckt sich auf deren Bestandtheile und Zuwachs, bei Grund und Boden auch auf den Raum über demselben und auf Das, was sich unter der Oberfläche befindet.

Motive. Die Vorschrift in diesem §, daß das Eigenthum an Grund und Boden auch den Raum über demselben (Luftraum) und das, was sich unter der Oberfläche befindet, umfaßt, ist im Wesentlichen nicht neu, indem dieselbe wenigstens in einer Menge von praktischen Fragen sowohl nach dem gemeinen Rechte (man vergl. z. B. l. 1 pr. D. de servit. praed. urb. „coelum quod supra id solum intercedit, liberum esse debet", l. 21 § 2, D. quod vi: „in opere novo tam soli, quam coeli mensura facienda est", l. 26 D. de damno inf., l. 13 § 1 D. comm. praediorum), als auch nach Sächs. Rechte als maßgebend angesehen worden ist. Soviel insbesondere den Luftraum angeht, so hat man eine positive Bezeichnung des mit dem Eigenthume verbundenen Rechts auf denselben, wie sie im Gesetzbuche enthalten ist, der negativen, wonach das Befugniß des Eigenthümers

---

1. Ueber die älteren und neueren Versuche einer das Wesen des Eigenthums erschöpfenden Definition vergl. Sintenis Civilrecht, Bd. I. § 47 not. 1.

in dem Rechte besteht, zu verbieten, daß ein Anderer in dem über dem Grundstücke befindlichen Luftraume Etwas unternehme, was der willkürlichen Verfügung über das Grundstück hinderlich sei, vorgezogen, weil die letztere, indem sie nur ein Verbietungsrecht gegen fremde Eingriffe statuirt, das wesentliche Moment unerwähnt läßt, daß der Eigenthümer, soweit er es nach natürlichen Gesetzen vermag, über seinen Luftraum verfügen darf. Für die rechtliche Beurtheilung mancher Verhältnisse wird die Annahme eines Eigenthums an dem Luftraume allerdings von Einfluß sein, z. B. wird der Eigenthümer, wenn in seinem Luftraume von einem Dritten Etwas vorgenommen wird, zur Anstellung der negatoria actio berechtigt sein, ohne sich besonders darauf beziehen zu müssen, daß er dadurch Schaden erleide, auch läßt sich denken, daß bei Errichtung einer Telegraphenlinie über fremden Grund und Boden Expropriationsansprüche erhoben werden können. Indessen läßt sich nicht befürchten, daß die Bestimmung sonst zu Unzuträglichkeiten führen könne, indem dadurch immer blos solche Handlungen, welche in dem fremden Luftraume, oder innerhalb desselben vorgenommen werden, nicht aber die Handlungen getroffen werden, welche auf eigenem Grundstücke vorgenommen werden und blos ihre Wirkungen auf den fremden Luftraum erstrecken. Für diese letzteren Handlungen giebt der § 369 des Entwurfs (§ 358 des B. G.-B.) die Norm der Beurtheilung. Noch weniger läßt sich aus dem Eigenthume an dem Luftraume etwa die Folgerung ziehen, daß der Eigenthümer einer Windmühle das Recht habe, lediglich mit Beziehung darauf, daß der für seine Mühle nöthige Luftzug gestört, geändert oder aufgehoben werde, allen auf den benachbarten Grundstücken zu errichtenden Gebäuden, Bauwerken, Dämmen und sonstigen Vorrichtungen zu widersprechen.

Aus dem Satze, daß das Eigenthum eines Grundstücks auf Alles sich erstreckt, was sich unter der Oberfläche befindet, folgt unter anderen, daß die sog. Abbaurechte als integrirende Theile der Grundstücke zu betrachten sind und auf deren Ueberlassung an Andere die Vorschriften über die Veräußerung der Grundstücke Anwendung finden.

Der Entwurf hatte anstatt der Worte: „und Zuwachs" die: „und Zubehörungen". Diese Abänderung ist auf Antrag der Stände (Dep.-Ber. d. I. Kammer, Beil. z. 2. Abth. Bd. 1, S. 570 und Dep.-Ber. d. II. Kammer, Beil. z. 3. Abth. Bd. 3, S. 791) erfolgt, weil das Eigenthum an den (nach § 65 des B. G.-B.) als Zubehörungen einer Hauptsache zu betrachtenden Gegenständen auch einem Anderen, als dem Eigenthümer der letzteren, zustehen könne und die Erwerbung des Eigenthums an der Hauptsache nicht nothwendig das Eigenthum an den Zubehörungen mit sich führe. Zur Erläuterung ist zu erwähnen, daß (vergl. die Bemerkungen zu § 66, S. 110 folg.) der Eigenthümer einer Sache fremde Sachen unbefugter Weise in das Verhältniß einer Pertinenz zu der seinigen bringen kann, ohne daß dadurch das Eigenthum des Dritten und dessen Recht zur Vindication aufgehoben wird. Die Bestimmung in § 66 aber, nach welcher sich rechtliche Verfügungen über eine Sache ohne Weiteres auch auf die Zubehörungen der letzteren erstrecken, soll nur das Verhältniß zwischen dem Erwerber und seinem Autor regeln, und dieses Verhältniß kann dritten Personen gegenüber in Betreff der Hauptsache ein ganz anderes als in Betreff der Zubehörungen sein. Die Weglassung der Worte „Zubehörungen" hat also im Wesentlichen nur den Zweck, die Annahme zu verhüten, als ob der Eigenthümer einer Sache schon in dieser Eigenschaft und aus diesem Grunde allein auch der Eigenthümer der thatsächlich im Verhältniß der Zubehörigkeit zu derselben stehenden Sache sein müsse, wogegen es kaum der Erwähnung bedarf, daß er beides zugleich sein kann, wenn er das Eigenthum an Beidem erworben hat. Was man sich unter den Bestand-

theilen einer Sache, als Begriffsganzes, namentlich auch bei unbeweglichen Sachen zu denken hat, ist bereits zu § 65, S. 108. 109 erörtert worden. Unter dem Ausdrucke „Zuwachs" ist hier nicht blos der in §§ 281 folg. erwähnte Zuwachs bei Grundstücken zu verstehen, sondern Alles, was auf natürlichem oder künstlichem Wege so mit der Sache verbunden worden ist, daß es nach der Bestimmung des B. G.-B. Bestandtheil derselben wird. In wie fern in diesem Sinne der Zuwachs als Eigenthumserwerb auftritt, ist hier nicht zu erörtern, wo nur zu bestimmen war, wie weit sich der objective Umfang des Eigenthums erstreckt. (Man vergl. auch S. 109.)

In Betreff des Luftraums über dem Grundstücke ist zu bemerken, daß sich dabei das Herrschaftsgebiet des Grundeigenthümers nach den räumlichen Grenzen des Grund und Bodens richtet. Eine Negatorienklage, wie sie bei fremden Eingriffen in den Luftraum die Motive anerkennen, würde z. B. eintreten, wenn der Besitzer des Nachbargrundstücks eine zur Ausströmung von Dämpfen bestimmte Röhre so anlegte, daß die Ausmündung derselben über die Grenze seines und somit in das Gebiet des fremden Grundstücks einträte, während die Vorschrift in § 358 Platz greift, wenn diese Vorrichtung innerhalb der Grenzen des eigenen Grundstücks getroffen worden ist und Rauch, Dampf, Ruß in den fremden Luftraum mittelbar eindringt. Wenn übrigens in den Motiven gesagt wird, daß die sog. Abbaurechte, welche namentlich in Bezug auf die unterirdischen Stein- und Braunkohlen von Wichtigkeit sind, aber auch bei anderen Fossilien, welche dem Bergregal nicht unterliegen, vorkommen können, als integrirende Bestandtheile eines Grundstücks zu betrachten seien und dem Eigenthümer des letzteren zustehen, so ist damit natürlich nicht ausgeschlossen, daß der Eigenthümer aus Gründen des öffentlichen Rechts einer Beschränkung in der Disposition über diese Rechte unterworfen sein kann[1].

---

§ 219. Der Eigenthümer ist befugt, seine Sache nach Belieben zu verändern, zu verbrauchen, zu vernichten. Er kann darüber rechtlich verfügen, insbesondere die Sache ganz oder theilweise veräußern. Als Veräußerung der Sache gilt die Aufgebung des Eigenthums mit oder ohne dessen Uebertragung auf Andere und die Bestellung von Rechten an der Sache.

Motive. In diesem § wird die Veräußerung „als das Aufgeben des Eigenthums mit oder ohne dessen Uebertragung auf Andere und die Bestellung von Rechten an der Sache" blos in ihrer beschränkten Richtung auf das Eigenthum charakterisirt. Uebrigens wird damit nichts Neues eingeführt, vielmehr galt schon nach dem bisherigen Rechte auch die Belastung einer Sache mit Rechten Anderer als Alienation. (Man vergl. l. 7 Cod. de rebus alienis non alienandis.)

Der Begriff der Veräußerung kommt nicht blos beim Eigenthume, sondern auch bei anderen Vermögensrechten, namentlich bei Forderungen vor, und kann, in besonderen Rechtsverhältnissen (vergl. § 1510. 1511) auch noch seine besondere Bedeutung erhalten. In § 219 hat man, nach Inhalt der Motive, nur die Handlungen des Eigenthümers angeben wollen, welche bei dem Eigenthume als Veräußerung zu betrachten sind, und es läßt sich nach den getroffenen Bestimmungen diese Veräußerung als eine gänzliche, durch Dereliction der Sache oder Uebertragung des Eigenthums an Andere, oder als eine theil-

1. Ueber den Erz- und Kohlenbergbau ist zu vergleichen das revidirte Berggesetz v. 16. Juni 1868 nebst Ausführungsverordn. v. 2. December 1868. G.- u. V.-Bl. v. J. 1868 S. 351 folg. und S. 1294 folg.

weise bezeichnen, welche dadurch entsteht, daß anderen Personen Rechte an der Sache eingeräumt werden, die, ohne das Eigenthum des Bestellers aufzuheben, denselben doch in der allseitigen Ausübung der aus dem Eigenthume fließenden Befugnisse verhindern. Nach der Begriffsbestimmung des § würde eine Protestation gegen Veräußerung eines Grundstücks im Zweifel auch gegen eine Verpfändung desselben wirksam sein.

---

§ 220. Der Eigenthümer hat das Recht, alle Nutzungen von der Sache zu ziehen.

Motive. Zu diesem und dem folgenden § ist im Allgemeinen darauf aufmerksam zu machen, daß durch die hier aufgezählten einzelnen Befugnisse der Umfang des Eigenthums, als der vollständigen Herrschaft über die Sache, nach den am häufigsten vorkommenden Richtungen hin, bestimmt wird, da die angegebenen Befugnisse nicht etwa von dem Eigenthume selbst getrennte selbständige Rechte sind, deren Selbständigkeit vielmehr erst dann hervortritt, wenn sie ein Nichteigenthümer erwirbt.

---

§ 221. Der Eigenthümer hat das Recht auf den Besitz der Sache. Er kann Jeden von der Einwirkung auf die Sache ausschließen.

---

§ 222. Beschränkungen der im Eigenthume enthaltenen Rechte sind begründet, soweit einzelne derselben durch gesetzliche Vorschriften oder durch erworbene Rechte Anderer dem Eigenthümer ganz oder theilweise entzogen sind.

Motive. Anlangend die in diesem § erwähnten Beschränkungen des Eigenthums, so sind hier blos die dem Eigenthume insbesondere angehörigen Beschränkungen in Frage. Alle übrigen Beschränkungen, welche das Eigenthum mit den Rechten überhaupt gemein hat, namentlich Handlungsfähigkeit der Person, Fähigkeit des Objects, Eigenthumsgegenstand zu sein, Gültigkeit des Rechtsgeschäfts, mußten hier, wo es sich blos um das Eigenthum handelte, außer Berücksichtigung bleiben.

Die dem Eigenthume angehörigen besonderen Beschränkungen haben ihren Grund entweder in *gesetzlichen Vorschriften* oder in *erworbenen Rechten Anderer* und können entweder das *ganze Eigenthum* oder blos einzelne *darin enthaltene Befugnisse* betreffen. Zu ersteren gehören unter anderen die sog. gesetzlichen Servituten, welche § 356 folg. des Entwurfs (§ 345 folg. des B. G.-B.) behandelt werden, zu letzteren die Dienstbarkeiten und andere Rechte an Sachen.

Sowohl im gemeinen Rechte als auch in neueren Gesetzgebungen wird der Grundsatz aufgestellt, daß ein Gebrauch des Eigenthums, mit welchem die Verletzung eines Anderen beabsichtigt werde, unerlaubt sei. Einen solchen allgemeinen Satz, welcher sich blos aus politischen Gründen rechtfertigen läßt, übrigens aber leicht zu Mißverständnissen führen kann, hat man in dem Gesetzbuche nicht aufgenommen, vielmehr ist Alles, was in diesem Satze als richtig anzuerkennen sein dürfte, durch die Vorschrift in § 369 des Entwurfs (§ 358 des B. G.-B.) gedeckt worden. Indessen ist hier noch darauf aufmerksam zu machen, daß mit jenem

Satze die Regel nicht vermengt werden darf, daß zu dem Erwerbe des Eigenthums irgend ein Interesse, welches sich jedoch nicht gerade zu Gelde anschlagen lassen muß, erforderlich ist. Ueber diese Regel, welche nicht blos für das Eigenthum, sondern für alle Rechte überhaupt gilt, hat man bereits oben das Nöthige gesagt. In einzelnen Fällen ist diese Regel im Gesetzbuche anerkannt, z. B. §§ 327. 1230 des Entwurfs (§§ 316. 1201 des B. G.-B.).

Zur Erklärung des § ist noch Folgendes zu bemerken: Das Eigenthum besteht nicht in der Summe einzelner oder aller denkbaren Rechte an einer Sache, sondern in der Gesammtheit aller dieser Rechte und Befugnisse, welche, wie jede Gesammtheit, ihren einzelnen Bestandtheilen gegenübersteht und ihr eigenes Dasein hat. Der Eigenthümer kann in der Ausübung der Herrschaft über die Sache im Ganzen beschränkt sein, er kann es aber auch in Bezug auf die Ausübung einzelner Eigenthumsbefugnisse sein, es können selbst einzelne Befugnisse ganz davon abgelöst und auf andere Personen als selbständige Rechte übertragen werden, ohne daß dadurch das Eigenthum an der Sache aufgehoben wird[1].

Durch Privatwillen des Eigenthümers können Forderungen und Rechte an Sachen entstehen. Allein die ersteren enthalten keine Beschränkungen des Eigenthums, denn sie betreffen, wie z. B. Pacht- oder Miethverträge, nur die Art und Weise, auf welche der Eigenthümer die ihm zustehenden Befugnisse für seine persönlichen Zwecke und Bedürfnisse ausübt, ohne diese Befugnisse selbst auf Andere in der Eigenschaft als iura in re aliena zu übertragen. Eine wahre Beschränkung des Eigenthums tritt erst dann ein, wenn aus dem einen oder dem anderen der im § angegebenen Gründe dem Eigenthümer Befugnisse, welche aus dem Eigenthume, als der ausschließenden Herrschaft über die Sache fließen, entzogen werden, und äußert sich darin, daß der Eigenthümer etwas nicht thun darf, oder leiden muß, was er außerdem thun dürfte oder nicht zu leiden brauchte[2]. Bei der Mannigfaltigkeit der im Eigenthume enthaltenen einzelnen Befugnisse kann der Umfang der Beschränkung ein sehr verschiedener sein. Bei den gesetzlichen Beschränkungen richtet sich derselbe nach dem Inhalte des Gesetzes, welches die Beschränkung ausspricht; bei den Beschränkungen, welche ihren Grund in erworbenen Rechten Anderer haben, kommt es darauf an, in wie weit die aus dem Eigenthume fließenden Befugnisse in der Eigenschaft selbständiger Rechte (vergl. § 219) auf dritte Personen durch Privatwillen übergegangen sind. Die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen können eben so wohl privatrechtlicher oder wenigstens überwiegend privatrechtlicher Natur, wie die in § 345 folg. behandelten sog. gesetzlichen Servituten, sein, oder in Rücksichten auf das allgemeine Beste ihren Grund haben. Ueber die Gültigkeit der in Verwaltungsgesetzen enthaltenen civilrechtlichen Bestimmungen sind § 2 der Publicationsverordnung und die Bemerkungen dazu S. 3 zu vergleichen. Eines Zusatzes, in welchem der für die Freiheit des Eigenthums streitenden Präsumtion gedacht würde, bedurfte es bei den Eigenthumsbeschränkungen nicht, weil sich schon aus der Fassung des § 222 ergiebt, daß eine Beschränkung des Eigenthums nur in dem Falle anzuerkennen ist, wenn sie besonders nachgewiesen werden kann. Damit stimmen auch die Vorschriften in § 321—323 über die Vertheilung der Beweislast bei der Negatorienklage überein.

---

§ 223. Veräußerungen gegen ein gesetzliches, gegen ein nach Maßgabe der Gesetze vom Gerichte unter Androhung der Nichtigkeit erlassenes, gegen ein in

1. l. 25 pr. D. de verb. signif.
2. Vergl. z. B. §§ 520. 522 des B. G.-B.

einem letzten Willen zu Gunsten eines Dritten vom Eigenthümer angeordnetes, oder gegen ein in einem Vertrage mit der Wirkung einer auflösenden Bedingung festgesetztes Verbot sind nichtig, ausgenommen wenn die Veräußerung in Folge des Rechtes eines Anderen geschehen mußte. In anderen Fällen eines Veräußerungsverbotes besteht die demselben zuwiderlaufende Veräußerung, vorbehältlich der Verbindlichkeit des Zuwiderhandelnden, den Betheiligten zu entschädigen.

Motive. Die auf die sog. Veräußerungsverbote bezügliche Bestimmung in § 223 bedarf in nachstehenden Beziehungen einer näheren Erläuterung.

Als verschiedene Arten der Veräußerungsverbote werden angeführt a) die gesetzlichen, b) die richterlichen, c) die testamentarischen, d) die vertragsmäßigen. Soviel die unter a) angegebenen gesetzlichen anlangt, so folgt die Nichtigkeit der dagegen vorgenommenen Veräußerungen aus der rechtlichen Natur dieser Verbote, indem durch dieselben die Sache selbst dem Verkehre in so weit entzogen wird, daß sie unveräußerlich, unverpfändbar und unbelastbar wird. Im Zusammenhange hiermit steht, daß der Erwerber einer Sache, rücksichtlich deren ein gesetzliches Veräußerungsverbot besteht, die Publiciana in rem actio nicht hat, auch selbst gegen die Vindicationsklage des Veräußerers Einreden, die dahin gehen, daß er die Sache selbst behalten könne, nicht gebrauchen kann. Dagegen bleiben ihm Ansprüche auf das Interesse, daß er in seinen rechtlich begründeten Erwartungen auf das Haben und Behalten der Sache getäuscht worden ist, unbenommen; doch ist dieß ein Gegenstand, welcher in das Obligationenrecht gehört. Die Frage, welche gesetzliche Veräußerungsverbote bestehen, ist nach den darüber bestehenden besonderen Gesetzen zu beantworten; nur die einzige Bemerkung mag hier noch beigefügt werden, daß die Vorschriften des Gesetzbuches[1], welche das Recht des Ehemannes, Vaters und Vormundes, zu dem Vermögen der Ehefrau, der in väterlicher Gewalt stehenden Kinder und des Bevormundeten gehörige Gegenstände zu veräußern, bestimmen, nicht aus dem Gesichtspunkte der Veräußerungsverbote, sondern aus dem Gesichtspunkte der ausnahmsweisen Berechtigung, fremde Vermögensgegenstände zu veräußern, also des Verwaltungsrechtes zu beurtheilen sind. In wie weit res litigiosae einem gesetzlichen Veräußerungsverbote unterliegen, war hier ebenfalls nicht zu entscheiden.

Rücksichtlich der unter b) genannten richterlichen Veräußerungsverbote, so hat nur so viel ausgesprochen werden sollen, daß dieselben Nichtigkeit der Veräußerung dann zur Folge haben, wenn sie in Gemäßheit der Gesetze, z. B. bei dem allgemeinen Veräußerungsverbote imminente concursu, bei Strafe der Nichtigkeit erlassen worden sind. In welchen Fällen der Richter zu einem Veräußerungsverbote sub poena nullitatis ermächtigt sei, war hier nicht speciell anzugeben. Den richterlichen Veräußerungsverboten, welche, nicht durch ein specielles Gesetz unterstützt, bei Strafe der Nichtigkeit erlassen sind, deren Statthaftigkeit durch die in Frage stehende Vorschrift nicht etwa hat ausgeschlossen werden sollen, ist die Wirkung der Nichtigkeit der Veräußerung abgesprochen, obschon sie, wenigstens in der Regel, ebenfalls dahin führen werden, da sie, soweit es sich um unbewegliche Sachen oder diesen gleichstehende Rechte handelt, dann, wenn sie, wie dieß zu ihrer Wirksamkeit gegen Dritte erforderlich ist, im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen sind, die Veräußerung schon aus diesem Grunde

1. Vergl. §§ 1674. 1675. 1818. 1940 folg.

hindern, und, auch selbst abgesehen hiervon, eine Unbekanntschaft des Erwerbers mit ihnen wenigstens nicht leicht vorkommen wird, in dem Falle aber, wo der Erwerber das richterliche Veräußerungsverbot gekannt hat, derselbe sich nicht einmal in der Lage, ersitzen zu können, befindet.

Zu der Vorschrift über die unter c) erwähnten testamentarischen Veräußerungsverbote hat man zu bemerken, daß erstens die Worte: „zum Vortheile eines Dritten angeordnetes" die Wirksamkeit derjenigen testamentarischen Veräußerungsverbote ausschließen sollen, welche blos den Vortheil des Honorirten bezwecken oder von welchen nicht zu ersehen ist, daß sie zum Vortheile irgend einer Person gereichen, zweitens zur vollen Gültigkeit der testamentarischen Veräußerung erforderlich ist, daß sie das eigene Vermögen des Erblassers betreffen, in Bezug auf Sachen des Honorirten also eine Nichtigkeit nicht eintritt.

Endlich übergehend zu den unter d) aufgeführten Veräußerungsverboten, hebt man hervor, daß blos diejenigen vertragsmäßigen Veräußerungsverbote Nichtigkeit der Veräußerung zur Folge haben, welche mit der Wirkung einer auflösenden Bedingung verbunden sind, also die Verletzung blos dieser Veräußerungsverbote Rückfall des Uebertragenen, mit der Kraft gegen Dritte, bewirkt. Andere vertragsmäßige Veräußerungsverbote begründen nur Rechte unter den Contrahenten und dieß gilt selbst in dem Falle, wo der Erwerber um ein solches Veräußerungsverbot gewußt hat, indem aus dem bloßen Wissen nicht auf dolus zu schließen ist. Die Frage, ob der hypothekarische Gläubiger mit dem hypothekarischen Schuldner den Vertrag mit dinglicher Wirksamkeit schließen könne, daß der Letztere nicht veräußern solle, richtet sich nach den § 817 des Entwurfs (§ 792 des B. G.-B.) aufgestellten Grundsätzen.

In Bezug auf die im § erwähnten verschiedenen Arten der Veräußerungsverbote ist zunächst darauf aufmerksam zu machen, daß unter den gesetzlichen Veräußerungsverboten nur solche zu verstehen sind, welche ihren Grund unmittelbar im Gesetze selbst haben, ohne daß es dazu noch einer Amtshandlung des Richters oder einer Privatwillenserklärung der Betheiligten bedarf. Es sind daher, wie auch zum richtigen Verständniß des § 224 zu bemerken ist, die richterlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungsverbote nicht zu den gesetzlichen Veräußerungsverboten zu rechnen, obwohl ihnen das Gesetzbuch unter gewissen Voraussetzungen die Wirksamkeit beilegt, daß eine verbotswidrige Veräußerung nichtig ist. Ein gesetzliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 223 ist also nur dann vorhanden, wenn eine Sache durch ein Gesetz, auf immer oder auf Zeit, dem Verkehre entzogen, extra commercium posita ist. Die einem solchen Veräußerungsverbote zuwider vorgenommene Veräußerung ist absolut nichtig und die veräußerte Sache kann auch von dem Veräußerer selbst, wenn diesem ein durch das gesetzliche Veräußerungsverbot beschränktes Eigenthum daran zustand, gegen Rückerstattung des Preises vindicirt werden[1].

---

1. Das S. 12 erwähnte Gesetz, eine Beschränkung der Wirksamkeit der von Ehegatten vorgenommenen Veräußerungen ꝛc. betr. vom 30. Juni 1868 § 1 enthält kein gesetzliches Veräußerungsverbot, auch keine Beschränkung der Vindication, sondern nur eine Erweiterung der actio Pauliana zum Vortheile der Gläubiger des Ehegatten und gegen die im Gesetz bezeichneten Personen. Die betreffenden Veräußerungsverträge sind anfechtbare Rechtsgeschäfte, und der Erwerber kann die erworbene Sache bei der Hilfsvollstreckung und im Concurse des Schuldners deshalb nicht in Anspruch nehmen, weil sein Erwerb ein anfechtbarer ist. Wegen der in anderen Beziehungen nicht ganz zweifellosen Auslegung dieses Gesetzes vergl. man die Bemerkungen S. 12.

Wenn ein richterliches Veräußerungsverbot die Nichtigkeit einer diesem Verbote zuwiderlaufenden Veräußerung zur Folge haben soll, so ist dazu nach dem § erforderlich: erstens, daß ein Gesetz besteht, nach welchem — unter gewissen Umständen — der Richter befugt ist, ein Veräußerungsverbot bei Strafe der Nichtigkeit zu erlassen, und weiter, daß dieses Verbot von dem Richter in Gemäßheit des Gesetzes und unter ausdrücklicher Androhung der Nichtigkeit erlassen worden ist. Fehlt es an diesem Gesetze, oder sind bei dem Erlasse des Verbotes die Voraussetzungen, unter welchen es nach dem Gesetze erlassen werden durfte, nicht vorhanden gewesen, oder hat der Richter aus Versehen unterlassen, die Nichtigkeit ausdrücklich anzudrohen, so kann auch die dem Verbote entgegen unternommene Veräußerung nicht als eine nichtige bezeichnet werden. Die Fälle, in welchen der Richter ein solches Veräußerungsverbot zu erlassen befugt ist, sind im B. G.-B. nicht angeführt, weil sie den Proceßgesetzen angehören. Nach dem bisherigen Rechte in Sachsen gab es überhaupt nur zwei Fälle dieser Art. Der eine betrifft das allgemeine Veräußerungsverbot, welches nach der erl. P.-O. ad Tit. LI. auf Antrag der Gläubiger von dem ordentlichen Richter des Schuldners bei bevorstehendem Concurse erlassen werden kann und den Erfolg hat, daß nicht blos „jede fernere Alienation und Verpfändung ungültig, sondern auch eine fernere Vollstreckung der Hülfe in des Schuldners Vermögen zu Gunsten einzelner Gläubiger unzulässig ist“ [1]. Der zweite Fall ist der, wenn nach Art. 146 der revidirten Strafproceßordnung vom 1. October 1868, das bewegliche Vermögen eines steckbrieflich verfolgten Angeklagten behufs der Bewirkung seiner Gestellung mit Beschlag belegt worden ist, in so fern nämlich diese Beschlagnahme nach Art. 147 der Strafproceßordnung die Wirkung hat, daß von dem Tage an, an welchem sie in der Leipziger Zeitung bekannt gemacht worden ist, jede Verfügung des Angeschuldigten unter den Lebenden über dieses Vermögen rechtlich unwirksam ist.

Zur Erläuterung dessen, was am Schlusse der Motive sub b) in Bezug auf die nicht durch ein specielles Gesetz unterstützten, aber dennoch bei Strafe der Nichtigkeit erlassenen richterlichen Veräußerungsverbote gesagt worden ist, möge hier noch Folgendes erwähnt werden. Betrifft ein solches Verbot die Veräußerung beweglicher Sachen, so würde eine dem Verbote zuwider unternommene Veräußerung gegen den Erwerber nur in dem Falle angefochten werden können, wenn dieser von dem Verbote eine solche Kenntniß gehabt hätte, vermöge deren ihm eine mala fides beigemessen werden müßte, welche nach § 267 auch die Ersitzung verhindern würde. Der Beweis dieser mala fides ist jedoch schwierig, so lange es, wie jetzt, an einer geeigneten gesetzlich anerkannten Form fehlt, das Veräußerungsverbot zur allgemeinen Kenntniß zu bringen. Bei unbeweglichen und diesen gleichstehenden Sachen (vergl. § 59) bringt es die Eintragung derselben in die Grund- und Hypothekenbücher und die Oeffentlichkeit der letzteren mit sich, daß auch Veräußerungsverbote jeder Art, wenn sie überhaupt gegen Dritte Wirksamkeit haben sollen, im Grund- und Hypothekenbuch verlautbart werden müssen. Diese Verlautbarung aber wird nicht allein die Bezugnahme auf Unkenntniß des Erwerbers von dem Bestehen des Veräußerungsverbotes in der Regel ausschließen, sondern auch die Veräußerung selbst thatsächlich verhindern, weil die Grund- und Hypothekenbehörde eine dem eingetragenen Veräußerungsverbote zuwiderlaufende Veräußerung nicht eintragen würde. Nach den gegenwärtig bestehenden Proceßgesetzen dürfte sich der Richter nicht leicht veranlaßt finden, ein Veräußerungsverbot ohne eine specielle gesetzliche Vorschrift über dessen Zulässigkeit und Erfordernisse zu erlassen. Handelt es sich nur um die Sicherstellung persönlicher Ansprüche auf eine Sache oder Sicherung eines Hülfsobjects, so ist bei Grundstücken ein geeignetes Mittel in der Verwahrung (§ 143 des B. G.-B. und

1. Vergl. über dieses Verbot, Annalen Bd. 1, S. 390.

§§ 218. 219 der Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865) geboten; bei beweglichen Sachen aber würde ein bloßes Veräußerungsverbot ohne gleichzeitige Beschlagnahme der beweglichen Sache, außer dem schon erwähnten Falle einer mala fides, dem Gläubiger wenig nützen. Ueber die in der bisherigen Praxis in Betreff der Litigiosität befolgten Grundsätze und den Einfluß des Ingrossationssystems auf deren Anwendbarkeit, vergl. man v. Langenn und Kori, Erörterungen praktischer Rechtsfragen, II, S. 180, Annalen N. F. Bd. 1, S. 298.

In Ansehung der testamentarischen Veräußerungsverbote hebt der § zunächst hervor, daß sie nur dann von Wirksamkeit sein sollen, wenn sie zu Gunsten eines Dritten angeordnet sind, dem also der Testator ein Recht in Bezug auf die Sache einräumt, und nicht etwa blos im vermeintlichen oder wahren Interesse des Honorirten selbst. In Verbindung damit steht die Vorschrift in § 2387, nach welcher, wenn der Erblasser die Veräußerung eines seinen Erben hinterlassenen Gegenstandes zu Gunsten einer dritten Person verboten hat, diese Verfügung im Zweifel als ein dieser Person zugedachtes Vermächtniß gelten soll. Ein nach dem B. G.-B. wirkungsloses Veräußerungsverbot würde es z. B. sein, wenn Jemand zum Erben seines Nachlasses einen erlaubten Verein für milde Zwecke eingesetzt und dabei bestimmt hätte, daß die zu seinem Nachlasse gehörigen Grundstücke im Interesse des Vereins und seiner Zwecke nicht veräußert werden sollten. Eine fernere Voraussetzung für die Wirksamkeit des testamentarischen Veräußerungsverbots besteht aber auch darin, daß dasselbe eine zum Nachlasse des Erblassers und nicht eine zum Vermögen des Honorirten oder dritter Personen gehörige Sache betreffen muß. Um diesen, wohl selbstverständlichen, Satz noch bestimmter auszudrücken, sind auf Antrag der ständischen Deputationen die Worte „vom Eigenthümer" in den § aufgenommen worden (vergl. Dep.-Ber. der I. Kammer, Beil. zur 2. Abth. Bd. 3, S. 386 und Dep.-Ber. der II. Kammer, Beil. zur 3. Abth., S. 792). — In Bezug auf fremde Sachen kann zwar ein letztwilliges Verbot immerhin seine Bedeutung, z. B. als eine dem Honorirten auferlegte Bedingung, haben, in dieser Eigenschaft gehört dieselbe nicht in das Gebiet der eigentlichen Veräußerungsverbote, sondern in die Lehre von der Bedingung bei letztwilligen Verfügungen (§§ 2117 folg.). Im Uebrigen ist noch zu bemerken, daß der Grund, weshalb dieses testamentarische Veräußerungsverbot die Nichtigkeit der verbotswidrigen Veräußerung nach sich zieht, nicht in dem Veräußerungsverbote, sondern darin zu finden ist, daß in dem betreffenden Falle der Erbe oder Derjenige, welchem die Sache mit dem Veräußerungsverbote zu Gunsten eines Dritten vom Testator beschieden worden ist, zufolge dieser letztwilligen Verfügung nur ein beschränktes Eigenthum erwirbt und deshalb die Sache nicht veräußern, verpfänden oder mit dinglichen Rechten belasten darf.

Ebenso verhält es sich mit den Vorschriften in §§ 2514 folg., 2534 über die Veräußerung anwartschaftlicher Sachen. Diese enthalten kein gesetzliches Veräußerungsverbot im (engern) Sinne des § 223. Der mit der Anwartschaft beschwerte Erbinteressent erwirbt Eigenthum an den zur Anwartschaft gehörigen Sachen, dieses Eigenthum ist aber auf Grund der letztwilligen Verfügung ein beschränktes, und der Umfang und die rechtlichen Wirkungen dieser Beschränkung sind in §§ 2517 und 2534 näher angegeben worden. Man vergl. die Bemerkungen zu §§ 2514. 2534.

Die im § gedachten vertragsmäßigen Veräußerungsverbote sind solche, welche bei der Uebertragung des Eigenthums an der Sache zwischen dem bisherigen Eigenthümer und dem Erwerber vereinbart worden sind. Mit der Vorschrift in § 792 stimmt es überein, daß dergleichen vertragsmäßige Verbote eine Nichtigkeit der ihnen zuwider vorgenommenen Veräußerung herbeiführen sollen, wenn sie mit einer auflösenden Bedingung verbunden sind, also bestimmt worden ist, daß die verbotene Veräußerung als auflösende Bedingung

gelten und bei deren Eintritt das Rechtsgeschäft, vermöge dessen dem Erwerber das Eigenthum übertragen worden ist, für aufgehoben erachtet werden und dieses Eigenthum an den früheren Eigenthümer zurückfallen solle.

In Betreff aller Veräußerungsverbote, welche nach dem § eine Nichtigkeit der Veräußerung zur Folge haben, ist zu erwähnen, daß, in so weit nicht das Gesetz, die richterliche Verfügung, das Testament oder der Vertrag eine Beschränkung eintreten lassen, der Begriff der Veräußerung in dem § 219 angegebenen weiteren Sinne aufzufassen ist. Die Motive enthalten endlich nur in Ansehung der gesetzlichen Veräußerungsverbote die ausdrückliche Bemerkung, daß eine gegen dieselben vorgenommene Veräußerung dergestalt nichtig sei, daß der Veräußerer selbst die Sache von dem Erwerber vindiciren und der letztere sich nicht mit Einreden behelfen könne, welche darauf abzielen, daß er die Sache behalte, also namentlich nicht mit der exceptio rei venditae (donatae) et traditae. Die richterlichen Veräußerungsverbote, welche nach dem § die Nichtigkeit der Veräußerung nach sich ziehen, werden in der Regel zur Sicherstellung dritter Personen erlassen, namentlich zur Sicherstellung der Gläubiger. Dieser Grund ihres Erlasses, bei welchem übrigens das eigene Interesse des Schuldners nicht außer Betracht bleibt, ändert aber nichts daran, daß auch in diesem Falle die Veräußerung dergestalt nichtig ist, daß der Schuldner selbst vindiciren kann; daneben besteht aber auch das Recht des Dritten, zu dessen Gunsten das Verbot erlassen worden ist, die Nichtigkeit der Veräußerung geltend zu machen. Im Concurse geht die dem Veräußerer zustehende Vindication auf die Gesammtgläubigerschaft über; außerhalb des Concurses ist von Dritten die Nichtigkeit durch Anstellung einer persönlichen Klage auszuführen. Bei testamentarischen Veräußerungsverboten zu Gunsten eines Dritten ist die Vindication des Veräußerers ausgeschlossen, sobald der Dritte das Eigenthum an der Sache erworben hat (vergl. §§ 259. 2426. 2451 und über die dem Anwärter zustehenden Klagen die Bemerkungen zu § 2514). Das vertragsmäßige, mit der Wirkung einer auflösenden Bedingung festgesetzte Veräußerungsverbot ist in seiner rechtlichen Wirksamkeit von der bloßen Beifügung einer Resolutivbedingung wesentlich verschieden. Bei dieser entsteht nach § 291 durch den Eintritt der Bedingung für den Veräußerer nur eine Forderung, mithin ein persönlicher Anspruch auf Rückgabe der Sache gegen seinen Mitcontrahenten, weil der ganze Vertrag nur ein obligatorisches Rechtsverhältniß bezweckt und begründet. Der Erwerber erlangt durch die Tradition ein unbeschränktes Eigenthum und ist nur bei Grundstücken in gewissen Beziehungen in der freien Verfügung beschränkt. Bei dem vertragsmäßigen Veräußerungsverbote aber ist die Tradition selbst eine beschränkte und der Erwerber erlangt durch dieselbe nur eine beschränkte Herrschaft, weil ihm von Anfang an das Veräußerungsbefugniß abgeht. Die verbotswidrige Veräußerung ist nichtig und die mit dem Verbote in Zusammenhang stehende Resolutivbedingung äußert ihre Wirkung darin, daß mit dem Eintritte der verbotswidrigen Veräußerung die beschränkte Herrschaft, welche dem Erwerber übertragen worden war, und die in dieser liegenden Eigenthumsbefugnisse aufhören und das volle Eigenthum an den Veräußerer zurückfällt. Dieser kann daher die Sache bei jedem Dritten, aber auch bei dem Erwerber selbst, wenn sich derselbe in ihrer Inhabung befindet, vindiciren. Da aber der Erwerber, mit Ausnahme des Veräußerungsbefugnisses, alle sonstigen Eigenthumsbefugnisse hatte, so kann demselben, insofern hierüber nicht etwas Anderes im Vertrage bestimmt worden, ein Anspruch auf Entschädigung für den Verlust dieser Befugnisse nicht versagt werden, und ebenso ist der im guten Glauben befindliche Dritte berechtigt, gegen Herausgabe der Sache die Erstattung Dessen, was er selbst dafür gegeben, von dem Eigenthümer zu fordern, weil dieser erst infolge der verbotswidrigen Veräußerung und ohne mitwirkende Verschuldung des redlichen Dritten die Sache zurückbekommt.

Wie sich die Vindication, dem Ingrossationssysteme zufolge, bei der verbotswidrigen Veräußerung eines Immobile gestaltet, wird zu § 256 erwähnt werden.

Bei Veräußerungsverboten, welche nur zu Gunsten eines Berechtigten bestehen, kann durch die Genehmigung dieser oder den späteren Wegfall des Veräußerungsverbotes die an sich nicht richtiger Weise erfolgte Veräußerung convalesciren.

---

§ 224. Beschränkungen des Eigenthümers in der Verfügung über ein Grundstück, welche auf einem gerichtlichen Verbote, auf Vertrag oder letztem Willen beruhen, haben gegen Dritte nur Wirkung, wenn sie in das Grundbuch eingetragen sind. Dasselbe gilt bei Beschränkungen in der Verfügung über Berechtigungen, welche ein Folium im Grundbuche erhalten haben. Jedoch ist das von dem Eigenthümer eines Grundstücks einem Gläubiger gegebene Versprechen, ohne dessen Einwilligung das Grundstück nicht zu veräußern, als solches wirkungslos und hindert den Eigenthümer nicht an der Veräußerung, sondern hat nur die Wirkung, daß der Gläubiger durch das Gericht ohne Verzögerung von der Veräußerung zu benachrichtigen ist.

Die im ersten Absatz dieses § enthaltene Bestimmung ist eine Folge des auch im B. G.-B. anerkannten Ingrossationssystems und des Princips der Oeffentlichkeit der Grundbücher[1]. Zu erwähnen ist, daß dieselbe nicht blos bei den im § 223 gedachten gerichtlichen, testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungsverboten, sondern auch bei anderen Beschränkungen des Eigenthümers in der freien Verfügung eintritt, welchen derselbe vermöge Vertrags oder letzten Willens unterworfen ist, nicht also bei solchen, die auf einer besonderen rechtlichen Eigenschaft des Grundstücks oder in persönlichen Verhältnissen des Eigenthümers, z. B. Mangel der Handlungsfähigkeit, ihren Grund haben. Die auf Privatwillen beruhenden Dispositionsbeschränkungen können mannigfacher Art sein; es gehören dahin unter andern auch die in §§ 401. 402. 1224 des B. G.-B. erwähnten Fälle. Der § entspricht dem in § 22 des Hypothekengesetzes vom 6. Nov. 1843 aufgestellten Grundsatze und den mit diesem im Zusammenhange stehenden Bestimmungen in § 16. 7 des nämlichen Gesetzes. Der redliche Glaube auf Seiten des Dritten wird als eine Bedingung der Wirkungslosigkeit einer nicht eingetragenen Dispositionsbeschränkung nicht angeführt, damit ist indessen die Möglichkeit, daß Derjenige, zu dessen Gunsten die nicht eingetragene Beschränkung gereichen sollte, wegen Unredlichkeit und Verschuldung des Dritten einen Anspruch auf Anerkennung seines Rechtes oder Entschädigung erheben könnte, nicht ausgeschlossen. Man vergl. z. B. die Vorschriften in § 1124 über die Ausübung der Vorkaufsrechte gegen dritte Personen. Der Schlußsatz des § war im revidirten Entwurfe (§ 235) nicht enthalten, und in den speciellen Motiven zum vorigen § (im Entwurfe § 234) bemerkt, es richte sich die Frage, ob der hypothekarische Gläubiger mit dem hypothekarischen Schuldner den Vertrag mit dinglicher Wirkung schließen dürfe, daß der letztere nicht veräußern könne, nach den § 817 des Entwurfs (§ 792 des B. G.-B.) aufgestellten Grundsätzen. Bei der Schlußredaction ist aber, um die Zweifel, die sich bei der

---

1. Bei gesetzlichen Veräußerungsverboten (vergl. die Bemerkungen zum vorigen §) ist die Eintragung unnöthig, weil man sich mit Unkenntniß des Gesetzes ebensowenig, als mit Unwissenheit dessen, was im Grundbuche enthalten, entschuldigen könnte.

Anwendung dieser Grundsätze darbieten könnten, zu beseitigen, der obige Schlußsatz in den § aufgenommen worden. Man hat dabei in Uebereinstimmung mit dem Principe des § 792, welches bereits in § 73 des Hypothekengesetzes vom 6. Nov. 1843 und der Justizministerialverordnung vom 29. Sept. 1846 (G.- u. V.-Bl. S. 270) anerkannt worden war, einem Vertrage der gedachten Art, auch wenn er zu Gunsten des Hypothekengläubigers eingegangen worden, keine rechtliche Wirkung in Bezug auf das Veräußerungsbefugniß beigelegt, sondern demselben nur die Folge gegeben, daß der Gläubiger durch das Gericht von der Veräußerung zu benachrichtigen ist, falls das Versprechen im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen worden war. Zur Erläuterung ist demzufolge noch beizufügen, daß die Bestimmung auf ein von dem Grundeigenthümer dem Hypothekengläubiger wegen der eingetragenen Forderung gegebenes Versprechen zu beziehen, und die Veräußerung im Zweifel auch hier in dem § 219 angegebenen weiteren Sinne zu verstehen ist[1].

---

§ 225. Das Eigenthum an einer Sache kann zu gleicher Zeit Mehreren nicht ungetheilt, wohl aber nach ideellen Theilen zustehen.

Motive. In diesem § wird der allgemeine Satz aufgestellt, daß es kein dominium plurium in solidum, sondern blos ein Miteigenthum Mehrerer nach ideellen Theilen geben könne. Hiernach ist der Begriff des Gesammteigenthumes beseitigt, was eine nothwendige Consequenz der Vorschrift in § 202 des Entwurfs (§ 192 des B. G.-B.) ist. Zwar läßt sich denken, daß ein sog. Gesammteigenthum in manchen Verhältnissen, z. B. im Lehnrechte bei der coinvestitura und bei der investitura juris saxonici noch künftig vorkommen kann. Allein abgesehen selbst davon, ob es nicht möglich sei, das sog. Gesammteigenthum nur als Miteigenthum nach ideellen Theilen oder als Eigenthum juristischer Personen aufzufassen und unter die allgemeinen Rechtssätze zu subsumiren, so ist die Bedeutung, welche der Begriff desselben noch gegenwärtig hat, einmal an sich nicht so erheblich, um dessen Aufstellung im Gesetzbuche zu rechtfertigen, das andere Mal aber schon gegenwärtig blos auf solche Rechtsinstitute, z. B. das Lehnsverhältniß, beschränkt, welche, wie in den allgemeinen Motiven angegeben ist, in ihrer Eigenthümlichkeit auch noch nach dem Gesetzbuche fortbestehen sollen.

Zu vergleichen ist hierbei § 3 der Publicationsverordnung. Der § 236 des Entwurfs ist bei der Schlußredaction ohne wesentliche Veränderung seines Inhalts kürzer gefaßt worden.

---

§ 226. Die im Eigenthume enthaltenen Befugnisse können nicht unter mehreren Eigenthümern so getheilt sein, daß der eine ein Obereigenthum und der andere ein nutzbares Eigenthum hat. Die Ueberlassung einzelner Eigenthumsbefugnisse an einen Anderen kann nur Rechte an einer fremden Sache begründen.

Motive. Nach diesem § wird es künftig keine Theilung des Eigenthumes in Ober- und Unter- (nutzbares) Eigenthum mehr geben. Der Aufstellung von

---

1. Ueber die Form der Eintragung dieses einem Hypothekengläubiger gegebenen Versprechens vergl. § 149 der Ger.-Ordnung vom 9. Januar 1865.

Bestimmungen über ein derartig getheiltes Eigenthum bedurfte es nicht, weil Rechtsverhältnisse, bei welchen diese Theilung des Eigenthumes von Einfluß ist, bei uns nicht weiter zur Entstehung gelangen können, eintretenden Falles auch die Vorschriften über den Nießbrauch ausreichen, und, was bereits vorhandene derartige Rechtsverhältnisse, z. B. Lehne, Erbzinsgüter, anlangt, das fernere Bestehen derselben Gegenstand einer transitorischen Verordnung, welche die Antastung erworbener Rechte zu verhüten hat, sein muß. Auf die superficies bezieht sich der § 677 des Entwurfs (§ 661 des B. G.-B.).

Durch diesen § ist zugleich der Unterschied zwischen bürgerlichem und natürlichem Eigenthume aufgehoben. Weder nach dem gemeinen Rechte, noch nach dem Sächs. Rechte gab es ein sog. dominium naturale, als ein dem sog. dominium civile gegenüberstehendes, systematisch ausgebildetes, selbständiges Rechtsinstitut. Soviel das gemeine Recht betrifft, so erkannte schon das Röm. Recht die Untheilbarkeit des Inhaltes des Eigenthumes an (l. 5 § 15 D. commodat.).

Wenn man von einem dominium naturale gesprochen hat, so ist damit Das gemeint, was das Röm. Recht mit dem in bonis esse, dem dominium quiritarium gegenüber bezeichnete; das sog. dominium bonitarium et quiritarium waren aber nicht mehrfache Arten des Eigenthumes, welche neben einander bestanden, sondern mehrfache Rechtsanschauungen, von welchen die eine die andere aufzuheben und zu verdrängen suchte (vergl. Pagenstecher, die Röm. Lehre vom Eigenthume, Bd. 1, S. 9). Ebensowenig hat es im Sächs. Rechte ein dem dominium civile gegenüberstehendes dominium naturale gegeben. Zwar hat man den Ausdruck: „dominium naturale" häufig gebraucht (z. B. Haubold, Lehrbuch des Sächs. Rechtes, § 186, und Heimbach, Lehrbuch des Sächs. Rechtes, § 186); allein es werden damit immer blos gewisse rechtliche Wirkungen als Gegensätze zu dem dominium civile, oder echtem Eigenthume bezeichnet (z. B.: Dec. 61 vom Jahre 1661, Dec. 1 vom Jahre 1746) und diese Wirkungen bezogen sich blos auf die Publiciana in rem actio, auf die Ersitzung und ähnliche Verhältnisse und sind seit dem Hypothekengesetze in Beziehung auf unbewegliche Sachen auch in so weit ganz weggefallen.

Die Bestimmung des §, welche den deutschrechtlichen Unterschied zwischen Ober- und Unter- (nutzbarem) Eigenthum[1] aufhebt, bezieht sich auf die Zukunft. Rechtsverhältnisse dieser Art, welche bei dem Eintritte des B. G.-B. bereits bestehen (Lehn-, Erbpacht- und Erbzinsgüter) werden dadurch nicht aufgehoben. (Vergl. die Publicationsverordnung § 3 unter Nr. 3 und 4 und die allgemeinen Motive S. 452 not. 1.) Zu erwähnen ist, daß die Schließung von neuen Erbpachtsverträgen schon durch das Ablösungsgesetz vom 17. März 1832. § 78 verboten worden ist, die Erbpachts- sowie nicht minder die Erbzinsverhältnisse, welche damals bereits bestanden, unter billigen Bedingungen der Ablösung[2] unterworfen sind, muthmaßlich also dergleichen Verhältnisse nach und nach absterben werden. Das sogenannte natürliche Eigenthum, über dessen Begriff und Wesen nach älterem Sächsischen Rechte man, außer dem in den Motiven Bemerkten, noch auf die Ausführungen von Bauer, Erl. d. churf. Decisionen, z. dec. 1. § 1 folg. Bd. 1, S. 2 und v. Langenn in den Annalen des O.-A.-G. Bd. 1, S. 403 folg. verweisen darf, ist schon durch das Gesetz vom 6. Novbr. 1843 hinsichtlich der Grundstücke, welche in die Grund-

1. Vergl. über diese Begriffe v. Gerber, deutsches Privatrecht § 77 S. 183 folg.

2. Und zwar nach dem neuesten Gesetze, auf einseitigen Antrag beider Theile; vergl. Gesetz vom 17. März 1832. §§ 77. 82 folg. und Gesetz vom 15. Mai 1851. § 12. (G.-S. 1832. S. 188; G.- u. V.-Bl. 1851. S. 131.)

bücher aufgenommen werden mußten[1], aufgehoben. Für die allerdings aufgestellte[2] entgegengesetzte Ansicht könnte man sich auf den § 2 dieses Gesetzes, welcher von einem bürgerlichen Eigenthume an Grundstücken spricht, und auf § 1 der Ausführungsverordnung vom 15. Febr. 1844 beziehen wollen, welcher anscheinend noch eine Anwendbarkeit der 1. Decision vom J. 1746 anerkennt. Es läßt sich jedoch nicht annehmen, daß in § 2 dem bürgerlichen das sog. natürliche Eigenthum habe entgegengesetzt werden sollen; denn an keiner andern Stelle des Gesetzes wird des letzteren als einer besonderen Species des Eigenthums gedacht. Das Gesetz kennt nur ein Eigenthum an Grundstücken, welches durch den Eintrag in das Grund- und Hypothekenbuch erworben wird und bestimmt §§ 2. 4. 5 ohne Unterschied, daß, so lange dieser Eintrag noch nicht erfolgt ist, nur ein „Rechtstitel", also persönlicher „Anspruch" auf Erlangung des Eigenthums durch Eintragung, bestehe. Sowie daher weder der Rechtstitel allein, noch in Verbindung mit der Uebergabe irgend ein dingliches, dem Eigenthume oder dem Röm. in bonis esse vergleichbares Rechtverhältniß des Besitzers zu dem Grundstücke begründen kann, so fiel auch schon nach dem Hypothekengesetze vom 6. Novbr. 1843 die Möglichkeit der Ersitzung und der Fiction, daß eine solche bereits vollendet sei, deshalb aus, weil nach § 28 des gedachten Gesetzes gegen die in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragenen Rechte, so lange sie nicht wieder gelöscht worden sind, eine Verjährung weder angefangen, noch vollendet werden konnte. Sollte hiernach der § 1 der Ausführungsverordnung nicht mit den allgemeinen Principien des Gesetzes selbst und den speciellen auf diese basirenden Vorschriften in §§ 2. 4. 5. 28 in Widerspruch treten, so konnte derselbe nur so verstanden werden, daß, unter gewissen Voraussetzungen, ein über rechtsverwährte Zeit fortgesetzter Besitz den Mangel der vollständigen Beibringung des zur Eintragung nöthigen Rechtstitels ergänzen solle.

Jeder bisher noch mögliche Zweifel ist aber durch die Vorschriften des B. G.-B. in den §§ 276. 279. 325 vollständig gehoben und entschieden. Nach diesen Vorschriften kann Eigenthum an Grundstücken nicht durch bloße Tradition oder Ersitzung, sondern nur durch Eintragung erworben werden, und deshalb ist auch die actio in rem Publiciana nach § 325 bei Grundstücken ausgeschlossen. Wegen solcher Grundstücke, welche noch nicht in die Grund- und Hypothekenbücher aufgenommen worden, vergl. man die Bemerkungen zu § 276.

Zweiter Abschnitt.

Erwerbung des Eigenthums an beweglichen Sachen.

I. Zueignung.

§ 227. An herrenlosen beweglichen Sachen wird das Eigenthum durch Besitzergreifung erworben.

Motive. In diesem und den folgenden §§ wird a) von der Zueignung herrenloser Sachen (§§ 227—231), b) von der Kriegsbeute (§ 232), c) von dem sog. Schatze (thesaurus) (§§ 233—238), endlich d) von dem Auffinden verlorener Sachen (§§ 239—243) gehandelt.

---

1. Eine Ausnahme trat hier lediglich in Bezug auf Staats-, geistliche Güter und Gemeindegrundstücke ein, so lange nicht daran einzutragende Rechte bestanden oder bestellt wurden, § 153 des Gesetzes vom 6. November 1843.

2. Heyne, Commentar rc. I. S. 51. Wächter, in der Zeitschr. f. R. u. V. Bd. XII. S. 66 folg.

Die Bestimmungen dieses und der folgenden §§ über die Zueignung — occupatio — beziehen sich nur auf bewegliche Sachen. Das Eigenthum an Grundstücken kann nicht durch bloße Besitzergreifung, sondern nur durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erworben werden, zu welcher jedoch ein besonderer Rechtsgrund gehört; vergl. §§ 276. 277. 294 des B. G.-B.

Zum Erwerbe des Eigenthums an herrenlosen, beweglichen Sachen gehört die Besitzergreifung, welche nach § 194 in einer Handlung bestehen muß, wodurch der Occupirende in ein solches Verhältniß zu der Sache gelangt, daß er beliebig auf dieselbe einwirken kann, daß er sie, wie es § 186 mit andern Worten heißt, thatsächlich in seiner Macht hat. Hiernach kann die Zueignung noch nicht für eingetreten erachtet werden, wenn zwar Jemand den Willen, sich die Sache anzueignen, hat, die zu diesem Zwecke von ihm ergriffenen Maßregeln aber erst die Absicht und das Bestreben, sich der Sache zu bemächtigen, kundgeben, wie z. B. wenn sich ein Thier aus der Schlinge, womit es gefangen werden sollte, sogleich wieder befreien kann, oder das Wild nur angeschossen wird, und sich der Ergreifung durch Flucht entzieht.

---

§ 228. Herrenlos sind bewegliche Sachen, welche noch in Niemandes Eigenthume gewesen sind, oder deren Eigenthum der bisherige Eigenthümer ohne Uebertragung auf einen Anderen aufgegeben hat.

Herrenlos ist nach dem § jede bewegliche Sache, welche sich augenblicklich in Niemandes Eigenthume befindet, sei es nun, daß überhaupt noch niemals Eigenthum an derselben erworben worden ist, oder daß sie von dem bisherigen Eigenthümer derelinquirt oder das Eigenthum daran verloren wurde. Wohl zu unterscheiden ist der Fall der Dereliction, absichtlichen Aufgabe des Eigenthums ohne Uebertragung auf Andere, von dem bloßen Verlieren der Sache, worüber in §§ 239 folg. besondere Vorschriften enthalten sind. Es ist möglich, daß der Staat vermöge eines Regalrechtes, oder Privatpersonen durch Gesetz oder Vertrag (vergl. § 231) ein ausschließliches Recht der Zueignung haben, eine solche Berechtigung bringt aber immer nur eine Beschränkung des andernfalls allgemeinen Occupationsbefugnisses hervor, ohne daran etwas zu ändern, daß die einzelne Sache herrenlos bleibt, so lange sie noch nicht durch Besitzergreifung in das Eigenthum des ausschließlich Berechtigten übergegangen ist.

---

§ 229. Wilde Thiere sind herrenlos, wenn sie sich in ihrer natürlichen Freiheit befinden. Wilde Thiere in Thiergärten, Fische in Teichen sind nicht herrenlos.

Motive. Soviel die Vorschrift dieses § anlangt, so bezieht sich dieselbe blos auf wilde und zahm gemachte Thiere, während die sog. Hausthiere nicht erwähnt werden, weil diese, selbst wenn sie einmal nicht zurückkehren, nicht herrenlos werden und eine Zueignung durch Besitzergreifung bei denselben nicht vorkommen kann. In Beziehung auf die gezähmten Thiere hat man es bei dem gemeinen Rechte gelassen, wonach dieselben herrenlos werden, wenn sie consuetudinem revertendi abgelegt haben. Zwar ergab sich dagegen das Bedenken, daß bei gezähmten Thieren, welche in entfernten Zonen heimisch sind, z. B. bei Affen, Papageien, Canarienvögeln, ingleichen bei den zum einheimischen Wild gehörigen,

jedoch an das Haus gewöhnten Hirschen und Rehen, wenn sie fortlaufen oder entfliehen, gegen die Occupation sich ein gewisses natürliches Rechtsgefühl geltend macht, welches darauf beruht, daß hier nicht sowohl von einer, die Anmaßung des Eigenthumes rechtfertigenden, mit der Wiederannahme der Wildheit verbundenen Rückkehr in die natürliche Freiheit, sondern lediglich von der Thatsache des zufälligen Entweichens die Rede sei; zumal sich nicht ohne einen gewissen Anschein behaupten läßt, daß auf die zuerst angegebene Art von Thieren der Begriff des **reverti in naturalem libertatem** nur unter der Voraussetzung anwendbar sei, daß sie in ihre fremde Heimath zurückgekehrt wären. Indessen vermochte man diesem Bedenken in so weit, als es sich um die Feststellung des Zeitpunktes handelt, mit welchem die gezähmten Thiere herrenlos werden, ein Gewicht nicht beizulegen, indem dieser Zeitpunkt auf die Rückkehr in die natürliche Freiheit zu setzen ist; vielmehr glaubte man dasselbe ausreichend zu berücksichtigen, wenn man, wie dieß geschehen ist, den Begriff der natürlichen Freiheit dahin fixirte, daß sich das Thier der Botmäßigkeit seines bisherigen Eigenthümers entzogen habe, was nach den besonderen Verhältnissen des concreten Falles zu beurtheilen ist.

Das wesentliche Merkmal der Herrenlosigkeit wilder, und von Natur wilder aber gezähmter Thiere besteht nach dem § darin, daß sich dieselben im Zustande der natürlichen Freiheit, also nicht unter der Botmäßigkeit eines Menschen befinden. Ob sie nie in dieser Botmäßigkeit gewesen sind, oder ob die letztere nur aufgehört hat, ist in Bezug auf die Occupation deshalb ohne Einfluß, weil es bei dieser nur darauf ankommt, ob sich das Thier zu der Zeit, wo es von Jemandem mit der Absicht der Zueignung in Besitz genommen worden ist, im Zustande seiner natürlichen Freiheit befunden hat. Hierbei ist indeß auf die Bestimmung in § 289 zu verweisen, nach welcher wilde und gezähmte Thiere dadurch allein, daß sie sich der Macht ihres bisherigen Eigenthümers durch eine Entweichung aus dessen Botmäßigkeit für den Augenblick factisch entzogen haben, noch nicht herrenlos und zur Occupation geeignet werden, sondern erst dann, wenn angenommen werden kann, daß sie den Zustand ihrer natürlichen Freiheit wiedererlangt und den angelernten Instinct der Rückkehr verloren haben. Ob dieser Zeitpunkt eingetreten sei, ist nach den concreten Umständen des Falles zu beurtheilen. So wird beispielsweise ein Vogel, der aus dem Käfig entflohen ist, erst dann herrenlos und zur Occupation geeignet, wenn der Eigenthümer die Verfolgung desselben aufgegeben, oder vergeblich versucht hat, und der Vogel wieder im Zustande der natürlichen Freiheit lebt. Gemeinrechtlich wird durch die bloße Einzäunung eines Privatwaldes und den Erwerb eines geschlossenen Teiches das Eigenthum des in dem ersteren noch in natürlicher Freiheit lebenden Wildes oder der frei in letzterem lebenden Fische nicht erworben.[1] Das B. G.-B. weicht hiervon ab; denn als Thiergarten würde man auch einen Wald betrachten müssen, welchen der Eigenthümer mit einer Vermachung umgeben und dadurch den Austritt des Wildes verhindert hat. Das auf diese Weise eingeschlossene Wild befindet sich auch wirklich unter der Botmäßigkeit einer bestimmten Person. Die in den Teichen (nicht auch fließenden Gewässern) befindlichen Fische dagegen sind entweder nach §§ 65 und 68 des B. G.-B. als Zubehörungen des Teiches zu betrachten, welche der Erwerber des Teiches mit diesem zugleich erwirbt, oder sie sind nur zur Aufbewahrung in demselben untergebracht, welchenfalls sie eben schon im Gewahrsam eines Herrn sich befinden.

1. l. 3. § 14. D. de acq. v. am. poss.

§ 230. Der Eigenthümer eines Bienenstockes ist berechtigt, den ausfliegenden Schwarm in den nächsten zwei Tagen nach dem Ausfluge auf fremdem Grund und Boden einzufangen, muß aber den dabei entstandenen Schaden dem Grundeigenthümer ersetzen. Ist ein Bienenschwarm von dessen Eigenthümer innerhalb dieser Zeit nicht eingefangen worden, so ist er herrenlos.

Motive. Durch die Fassung dieses § wird die Frage, ob der Eigenthümer des entflogenen Bienenschwarmes das Recht habe, behufs der Verfolgung des Schwarmes fremden Grund und Boden zu betreten, jedoch, wie sich von selbst versteht, vorbehältlich der Verbindlichkeit desselben, den dabei verursachten Schaden zu ersetzen, bejahend entschieden. Dieses Recht ist weiter nichts, als ein Ausfluß des allgemeinen Satzes, daß jeder seine Sachen, die ihm zufällig entführt werden, z. B. den Hut, den der Wind entrissen, von fremdem Grund und Boden wieder abzuholen berechtigt ist. Uebrigens ist zu Verhütung jeden möglichen Mißverständnisses im § ausdrücklich gesagt, daß nach Ablauf der für das Verfolgungsrecht gesetzten zweitägigen Frist der entflogene Bienenschwarm herrenlos wird und das Eigenthum daran durch Besitzergreifung erworben werden kann.

An sich gilt auch in Bezug auf die Bienen der im B. G.-B. beibehaltene Grundsatz des gemeinen Rechtes, daß sie nicht herrenlos werden, so lange sie die consuetudo revertendi nicht aufgeben, also zu dem Mutterstock regelmäßig zurückkehren. Der Verlust des Instinctes der Rückkehr giebt sich bei den Bienen durch das Schwärmen — das Ausfliegen in geordnetem Zuge — kund. Die für die Anwendung schwankende Vorschrift des Röm. Rechtes, nach welcher das Eigenthum des aus dem Mutterstocke entflogenen Schwarmes fortbestand donec in conspectu est, nec difficilis eius persecutio, ist durch den § erläutert und durch die neue Bestimmung, daß der Eigenthümer des Bienenstocks den ausgeflogenen Schwarm innerhalb der nächsten zwei Tage auch auf fremdem Grund und Boden einfangen darf, vervollständigt worden.

---

§ 231. Herrenlose Sachen, bei welchen ein ausschließliches Recht der Zueignung in Bezirken oder auf einzelnen Grundstücken besteht, kann nur der Berechtigte durch Besitzergreifung eigenthümlich erwerben.

Motive. Die mit der Vorschrift in diesem § im Zusammenhange stehenden Fragen, zu welchem Zeitpunkte die Aneignung des Wildes Seiten des Jagdberechtigten vollendet werde und ob wilde Thiere, in Beziehung auf welche kein ausschließliches Recht zur Aneignung besteht, dem Eigenthümer des Grund und Bodens, auf dem sie eingefangen werden, abzuliefern sind, hat man nicht besonders berührt, weil sich die erstere Frage aus der Lehre vom Erwerbe des Besitzes beantwortet, und die zweite Frage dem öffentlichen Rechte, welches das Jagdrecht zu bestimmen hat, angehört.

Im Entwurfe lautete dieser § so: Herrenlose Sachen, bei welchen nach den Gesetzen ꝛc. Die Worte „nach den Gesetzen" sind auf Antrag der ständischen Deputationen ausgefallen, weil die Gründe, aus welchen Jemand ein ausschließliches Recht der Zueignung herrenloser Sachen in Bezirken oder auf einzelnen Grundstücken haben kann, nicht unmittelbar auf dem Gesetze, sondern auch auf anderen Rechtstiteln, z. B. Pachtvertrag, beruhen können (Beilagen zu den Protokollen der I. Kammer, Abth. 2, Bd. 1, S. 570

und der II. Kammer, Abth. 3, Bd. 3, S. 792). Der § ist vornehmlich auf die Jagd und die Fischerei berechnet, hinsichtlich deren heut zu Tage bekanntlich ganz andere Verhältnisse, als bei den Römern bestehen. Der Jagdberechtigte hat innerhalb seines Jagdbezirkes (auf eigenem oder fremdem Grund und Boden) das ausschließliche Recht zur Zueignung des in diesem Bezirke vorhandenen Wildes oder gewisser Gattungen desselben, ohne Unterschied, ob es lebend oder getödtet, oder verwundet ist, erwirbt aber das Eigenthum daran erst durch die Besitzergreifung; dieselben Grundsätze gelten im Wesentlichen auch bei der Fischereiberechtigung. Die Streitfrage, ob zufolge der unbefugter Weise und gegen den Willen des Jagdberechtigten von einem Dritten bewirkten Besitzergreifung eines jagdbaren Thieres durch Tödten oder Einfangen, Eigenthum, und für wen, den Besitzergreifer oder den Jagdberechtigten, dasselbe erworben werde, dürfte in der Fassung des § ihre Lösung von selbst finden. Der Jagdberechtigte erwirbt das Eigenthum an den jagdbaren in der natürlichen Freiheit lebenden Thieren seines Revieres nur dadurch, daß er selbst oder durch einen Stellvertreter deren Besitz ergreift; der Dritte, welcher unbefugter Weise das Wild einfängt oder erlegt, kann durch seine Besitzergreifung das Eigenthum nicht erwerben, weil ihm die im § vorausgesetzte Berechtigung fehlt. Es wird also durch die unbefugte Handlung des Dritten an dem erlegten oder eingefangenen Wild noch gar kein Eigenthum erworben, sondern nur eine, nach Befinden strafbare, Verletzung der Rechte des Jagdberechtigten begangen. Dieser hat folglich gegen den Inhaber des erlegten oder eingefangenen Thieres nicht die Vindication, sondern nur einen, nach §§ 116 folg. 687. 773 folg. und resp. §§ 1499. 1500 zu beurtheilenden Anspruch auf Auslieferung oder Schadenersatz gegen den Urheber der Verletzung und Diejenigen, welche daran Theil genommen haben.[1] Hinsichtlich der am Schlusse der Motive berührten Frage kann noch darauf Bezug genommen werden, daß nach Art. 12 des Gesetzes, die Forst-, Feld-, Gärten-, Wild- und Fischdiebstähle betr. vom 11. August 1855, Derjenige, welcher ohne jagdberechtigt zu sein, bei der Abwehr oder Vertreibung des Wildes von seinen Grundstücken ein jagdbares Thier zufällig erlegt oder fängt, bei Strafe verbunden ist, hiervon binnen 12 Stunden dem Jagdberechtigten behufs der Abholung Anzeige zu machen. Das Zufällige wird hierbei nicht im engsten Sinne des Wortes, sondern von jeder nicht in der Absicht der Aneignung erfolgten Einfangung oder Erlegung zu nehmen sein. Ueber „jagdbare Thiere" und die sog. „Jagdfolge" vergl. man noch §§ 1. 33 des Jagdgesetzes vom 1. December 1864 (G.- u. V.-Bl. von 1864 S. 405 folg.) und über die Ausübung der Fischerei in fließenden Gewässern das Gesetz vom 15. Octbr. 1868 (G.- u. V.-Bl. 1868 S. 1247).

---

§ 232. Angehörige des Inlandes oder eines befreundeten Staates, welche kriegerische Beute erlaubter Weise machen, erwerben Eigenthum daran durch Besitzergreifung.

---

1. Man darf sich bei dieser Ansicht nicht dadurch irre machen lassen, daß unsere Strafgesetze von Wild- und Fischdiebstählen reden und das unbefugte Erlegen und Einfangen von jagdbaren Thieren und Fischen als eine Entwendung bezeichnen. Es kann dies nur zu einer analogen Anwendung der §§ 1499. 1500 des B. G.-B. auf den Ersatzanspruch des Beschädigten führen. Der zur Ausgleichung jener Terminologie mit der Begriffsbestimmung des Diebstahls in Art. 272 des Strafgesetzbuchs wohl auch geäußerten Meinung, daß der Jagdberechtigte sich ohne Besitzergreifung in der Inhabung der jeweilig auf seinem Reviere sich aufhaltenden Thiere befinde, stehen die Natur der Sache und die Vorschriften des B. G.-B. entgegen, vgl. Siebdrat, Commentar zum Strafgesetzbuche S. 218.

Motive. Rücksichtlich des im § erwähnten Beuterechtes ist zu erwähnen, daß die Frage, in wie weit das Beutemachen erlaubt sei, als in das öffentliche Recht gehörig angesehen worden ist und an den darauf bezüglichen Gesetzen, Militärstrafgesetzbuch v. 11. August 1855, § 144 folg. 148. 149 folg. Dienstreglement für die kgl. Sächs. Armee 1833 § 1956 folg., etwas nicht hat geändert werden sollen. Die zweite Frage, ob im Falle eines bellum internum, wenn zur Unterdrückung ausgebrochener innerer Unruhen inländische oder befreundete Truppen kriegerisch aufzutreten genöthigt sind, das Beutemachen erlaubt sei, hat man ebenfalls als nicht in das B. G.-B. gehörig angesehen, im Falle jedoch, daß diese Frage nach dem öffentlichen Rechte zu bejahen wäre, würde die Vorschrift des § Anwendung finden. Endlich die Frage, ob einer von fremden Truppen im Inlande unternommenen Erbeutung die Wirkung des Eigenthumserwerbes beizulegen sei, hat man blos in § 325 des Entwurfs (§ 314 des B. G.-B.) berührt.

Da sich das Recht der Kriegsbeute dermalen ganz unter die Grundsätze eines humanen Völkerrechtes zurückgezogen hat, so mußte die Frage, wenn ausnahmsweise das Beutemachen als Eigenthumserwerb und für welche Personen es zulässig sei, den Gesetzen des öffentlichen Rechts überlassen bleiben. Der § enthält also nur den civilrechtlichen Grundsatz, daß wo und wann das Beutemachen gestattet ist, das Eigenthum an den erbeuteten Gegenständen durch die Besitzergreifung erworben wird, so wie eine hierbei stattfindende Gleichstellung der Unterthanen des Inlandes mit denen eines befreundeten Staates. Zu bemerken ist, daß an die Stelle der in den Motiven erwähnten sächsischen Gesetze nunmehr die Militärgesetze des norddeutschen Bundes getreten sind. Vergl. das mittelst Verordnung vom 4. Novbr. 1867 eingeführte Militärstrafgesetzbuch sub IV. B § 147 folg.

---

§ 233. Werden eingemauerte, vergrabene oder sonst verborgene Sachen entdeckt, deren Eigenthümer wegen der Länge der Zeit nicht ausgemittelt werden kann, so erwirbt der Finder mit deren Besitzergreifung das Eigenthum derselben. Werden sie in einer fremden Sache entdeckt, so fallen sie mit der Besitzergreifung durch den Finder diesem und dem Eigenthümer der Sache zu gleichen Theilen eigenthümlich zu. Der Finder ist verpflichtet, dem Eigenthümer binnen drei Tagen Anzeige von der Besitzergreifung zu machen.

Motive. Die § 233—238 beziehen sich auf den gemeinrechtlich sog. Schatz (thesaurus). Nach unserem bisherigen Rechte ist zu unterscheiden, ob der Schatz auf eigenem oder fremdem Grund und Boden gefunden worden. Im ersteren Falle gehört er Demjenigen, welcher ihn gefunden hat, allein. Im letzteren Falle ist weiter zu unterscheiden, ob der Schatz von ohngefähr oder durch Nachsuchen gefunden worden. Ist er von ohngefähr gefunden worden, so gehört er dem Finder und dem Grundeigenthümer, und zwar Jedem zur Hälfte. Ist aber der Schatz durch Nachsuchen gefunden worden, so ist wieder zu unterscheiden, ob das Nachsuchen ohne Wissen und Willen des Grundeigenthümers oder mit dessen Willen geschehen ist. Ist der Schatz ohne Wissen und Willen des Grundeigenthümers gesucht und gefunden worden, so bekommt der Finder nichts und der Grundeigenthümer erhält den Schatz allein. Ist aber die Aufsuchung des Schatzes mit des Grundeigenthümers Bewilligung geschehen, so ist zu unterscheiden, ob der Finder von dem Grundeigenthümer zum Aufsuchen gedungen worden ist, oder

blos Erlaubniß dazu gehabt hat. Ersteren Falles erhält er nur den bedungenen Lohn, der Grundeigenthümer aber den Schatz; letzteren Falles wird der Schatz zwischen Beiden getheilt. Diese Grundsätze sind zwar im Wesentlichen, jedoch mit einigen Modificationen, in das Gesetzbuch übergegangen.

a) Im § 233 hat mit den Worten: „eingemauerte, vergrabene oder sonst verborgene Sachen, deren Eigenthümer wegen der Länge der Zeit nicht mehr ausgemittelt werden kann" das ausgedrückt werden sollen, was man gemeinrechtlich mit dem Ausdrucke: „Schatz", „thesaurus" begreift. Von dem Gebrauche des Wortes „Schatz" hat man abgesehen, um nicht zu dem Mißverständnisse, welches dieses Wort bereits einmal in unserer Gesetzgebung veranlaßt hat, nochmals Anlaß zu geben. Nach dem Sachsenspiegel, lib. 1, art. 35, sollten „alle Schätze, so unter der Erde begraben, tiefer, denn ein Pflug geht", der kgl. Gewalt, also zu den Regalien gehören. Dieß war so erklärt worden, als ob „Alles, was an Schätzen unter der Erde gefunden, tiefer, denn ein Pflug geht", ohne allen Unterschied der Obrigkeit, welche die Regalien hätte, zustehen sollte, und als ob das gemeine Recht über das Auffinden der Schätze aufgehoben wäre. Um diese Meinung zu berichtigen, wurde in der Const. 53, P. II bestimmt: „Dieweil unsere Verordnete dahin geschlossen, daß solche Correction derer gemeinen Rechte nicht zuzugeben, bevor, weil der Text in denen Worten: von allen Schätzen, so unter der Erde ꝛc. nicht von denen thesauris reconditis, sondern von dem Bergwerk und Erz zu verstehen, und derowegen, da einer auf fremdem Grund, ohne Vorsatz, aus Glück und Zufall, oder in seinen eignen Gütern, einen Schatz fände, daß alsdann hierinne nach Ordnung des gemeinen Rechts zu sprechen sei" ꝛc.

b) Nach dem § 233 besteht der leitende Gedanke darin, daß der Eigenthümer der Sache wegen der Länge der Zeit nicht mehr auszumitteln ist. Hieraus folgt, daß es für die Bestimmung des Begriffes eines Schatzes keinen Unterschied macht, ob die Sache von dem Eigenthümer absichtlich verborgen worden, oder ob die Verbergung eine Folge des Zufalles, z. B. eines Erdbebens, eines Brandes, einer Wasserfluth, gewesen ist; wie denn auch, wenn der Eigenthümer wegen der Länge der Zeit unbekannt ist, schwer zu bestimmen sein wird, ob bei der Verbergung Absicht oder Zufall obgewaltet habe. Wenn im Röm. Rechte mit den Worten: „depositio quaedam pecuniae" ein absichtliches Verbergen als nothwendiges Erforderniß des Begriffes „Schatz" angezeigt worden sein sollte, so würde dieß durch das Gesetzbuch abgeändert worden sein.

c) Im gemeinen Rechte herrscht eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob blos solche anscheinend Niemandem gehörige Gegenstände, welche im Grund und Boden, oder auch solche Gegenstände als „Schatz" zu betrachten sind, welche in beweglichen Sachen, namentlich in Behältnissen, z. B. Schränken, Commoden ꝛc. gefunden werden. (Man vergl. Pagenstecher, die Röm. Lehre vom Eigenthume, 2. Abth., S. 88 folg.) Wie sich aus der oben angezogenen Const. 53, P. II ergiebt, hat man in Sachsen den Begriff des „Schatzes" auf die in Grund und Boden aufgefundenen Sachen beschränkt. Das Gesetzbuch extendirt diesen Begriff auch auf Depositionen in Mobilien, wie insbesondere daraus erhellt, daß nicht von dem Eigenthümer des Grundstückes, sondern von dem Eigenthümer der Sache, in welcher der Schatz aufgefunden wird, die Rede ist.

d) Das Auffinden des Schatzes setzt nicht etwa voraus, daß die Sache zu der Zeit, wo sie aufgefunden wird, noch besonders verborgen ist; vielmehr ist unter den sonstigen Voraussetzungen ein Schatz selbst dann vorhanden, wenn derselbe frei zu Tage liegt, und es wird derselbe durch Besitzergreifung erworben.

e) Wie aus den Worten: „mit der Besitzergreifung durch den Finder fällt der Schatz dem Finder und dem Eigenthümer der Sache zu gleichen Theilen eigenthümlich zu“ hervorgeht, erwirbt der Eigenthümer der Sache, in welcher der Schatz gefunden wird, das Eigenthum an dem Schatze nach seinem Antheile mit der Besitzergreifung durch den Finder, es erlangt derselbe also nicht etwa bloße persönliche Ansprüche gegen den Finder auf Herausgabe des ihm als Eigenthümer gehörigen Antheiles.

f) Dem Finder des Schatzes ist nach dem in Frage stehenden § die Verbindlichkeit, dem Eigenthümer der Sache von dem Funde innerhalb drei Tagen Anzeige zu machen, und zwar, wie aus dem § 248 des Entwurfs (§ 237 des B. G.-B.) erhellt, bei Verlust seiner Rechte aus dem Funde, auferlegt. Dagegen besteht weder für den Finder, noch für den Eigenthümer eine rechtliche Verpflichtung, zu Ermittelung des unbekannten Eigenthümers der aufgefundenen Sache ein öffentliches Verfahren auszubringen. Insofern nicht die nach § 249 des Entwurfs (§ 238 des B. G.-B.) lediglich auf Antrag bewirkte öffentliche Bekanntmachung in kürzerer Frist eine Präclusion herbeiführt, wird der Schatz, wie eine andere bewegliche Sache, durch Ersitzung erworben.

Zu erwähnen ist hier noch, daß nach der allgemeinen Bezeichnung „Sachen“ im § der Begriff des „thesaurus“[1] nicht von dem größeren oder geringeren Geldwerthe der entdeckten Gegenstände abhängt; als thesaurus, Schatz im Sinne des § erscheinen sie schon dadurch, daß sie nicht werthlos, daß sie absichtlich oder zufällig verborgen worden sind, und der Eigenthümer wegen Länge der Zeit nicht mehr ausgemittelt werden kann. Obschon sonach das Verborgensein auch ohne Willen und Mitwirkung des Eigenthümers vorkommen kann, unterscheidet sich doch die Schatzfindung von dem Finden verlorener Sachen wesentlich dadurch, daß bei den letzteren der Eigenthümer voraussetzlich ausgemittelt werden kann, und es nur als etwas Zufälliges erscheint, wenn sich etwa die verlorene Sache verborgen hat, wenn z. B. eine neue Goldmünze beim Herabfallen in die Dielung eines öffentlichen Locals versunken und bald darauf an dieser Stelle von einer dritten Person entdeckt worden ist. Bei der Erwerbung des Eigenthums am Schatze entscheidet das Eigenthum der Sache, worin derselbe verborgen war; wenn also der Schatz in einer beweglichen Sache, z. B. den geheimen Schubfächern eines alten Möbels sich befand, fällt er dem Eigenthümer des letzteren, oder diesem und dem Finder gemeinschaftlich, zu. Ein Schatz, der aus einer Mehrzahl einzelner Sachen, z. B. einer größeren Quantität alter Münzen, besteht, kann in einzelnen Theilen von verschiedenen Personen entdeckt und gehoben werden. In diesem Falle hat Derjenige, welcher zuerst oder früher einen Theil der verborgenen Sachen entdeckte, kein Recht auf die später von Anderen entdeckten Theile. Jeder Fund ist ein für sich bestehender, von den übrigen unabhängiger, sollte auch die erste Entdeckung zu weiterem Nachsuchen Anlaß gegeben haben.[2]

---

§ 234. Geschieht die Besitzergreifung durch Jemand, der zur Aufsuchung verborgener Sachen beauftragt war, so ist Derjenige als Finder anzusehen, welcher ihn beauftragt hat.

---

1. Der Ausdruck Schatz ist hier und bei den folgenden Bemerkungen immer für die im § als solcher bezeichneten Gegenstände gebraucht.

2. Vergl. den Rechtsfall und die Entscheidung bei Kind, quaest. for. Tom. II. Cap. 82. ed. II.

Motive. In diesem § hat man den im gemeinen Rechte erwähnten Fall, wenn der Finder abergläubische Mittel angewendet hat, übergangen, theils weil hierbei von eigentlichen Mitteln zur Auffindung einer Sache nicht die Rede sein kann, theils weil eine hierauf bezügliche Bestimmung jedes praktischen Nutzens entbehren würde, indem Derjenige, welcher dergleichen Mittel wider den Willen des Eigenthümers anwendet, schon wegen Mangels der Zustimmung des Letzteren von der Theilnahme am Gewinne ausgeschlossen ist, wogegen, wenn er mit Einwilligung desselben verfährt, er entweder als Beauftragter erscheint und schon in dieser Eigenschaft keinen Anspruch auf den Schatz hat, oder insofern ihm für den Fall des Gelingens der Unternehmung contractmäßig Etwas zugesichert worden ist, lediglich die aus dem Obligationenrechte zu beantwortende Frage über die Gültigkeit eines solchen Vertrages entsteht. Unter den in § 248 des Entwurfs (§ 237 des B. G.-B.) angegebenen „strafbaren Handlungen" sind nicht etwa abergläubische Mittel zu verstehen.

Der § bestätigt einen gemeinrechtlichen Grundsatz (l. 63. § 3. D. de acqu. rer. dom.). Findet ein Arbeiter bei anderen ihm übertragenen Dienstleistungen verborgene, als Schatz anzusehende Gegenstände, so ist er selbst als der Finder zu betrachten. Die Anwendung der in den Motiven erwähnten sog. artes magicae (oder wie es in der l. un. C. de thesauris heißt, scelerata ac punienda sacrificia aut alia quaelibet ars legibus odiosa) also abergläubischer Gaukeleien aller Art, welche nach der angezog. l. un.: das Recht des Finders auf den Schatz, auch wenn der letztere auf eigenem Grund und Boden entdeckt wurde, aufhob, hat diese Wirkung nach dem B. G.-B. nicht mehr, so lange nicht der Gebrauch solcher nur vermeintlicher Mittel in eine strafbare Handlung, z. B. Mißbrauch der Religion, ausgeartet oder mit einer solchen verbunden worden ist. Zur Vervollständigung der Motive ist noch des Falles zu gedenken, wo ein Dritter, ohne Beauftragter des Eigenthümers zu sein, einen Schatz auf fremdem Grund und Boden mit Bewilligung des Eigenthümers gesucht und gefunden hat. Der Finder erwirbt auch in diesem Falle die Hälfte des Schatzes. Denn die allgemeine Vorschrift des § 233 über die Theilung der verborgenen Sache zwischen dem Finder und dem Eigenthümer der bergenden Sache ist in den §§ 234. 237 nach dieser Richtung hin nicht eingeschränkt worden. Da ferner die Anwendung vermeintlich wirksamer abergläubischer Mittel bei der Schatzfindung überhaupt keinen rechtlichen Einfluß mehr hat, so kann, auch wenn der Eigenthümer der bergenden Sache den Gebrauch solcher Mittel gestattet hat, der gemeinschaftliche Erwerb des Schatzes dadurch nicht verhindert werden. Ist die verborgene Sache durch die Thätigkeit eines Thieres zum Vorschein gekommen, so ist diese entweder ein von dem Finder benutztes Mittel, oder eines von den mannigfachen zufälligen Ereignissen, wodurch ein Schatz entdeckt werden kann, in beiden Fällen also ohne besondere Bedeutung für den Eigenthumserwerb. Ueber den Fall, wenn mehrere Personen zugleich einen Schatz erblicken, ohne gemeinschaftlich darnach gesucht zu haben, vergl. man die Bemerkungen zu § 241.

---

§ 235. Lagen die verborgenen Sachen auf der Grenze benachbarter Grundstücke, so gehören sie, soweit sie dem Eigenthümer zufallen, den Grenznachbarn zu gleichen Theilen, selbst wenn die Grenze nicht durch die Mitte der Sachen gegangen ist.

Motive. Die Vorschrift in Betreff des Anspruches der Nachbarn in diesem § hat man zu Vermeidung außerdem nothwendiger Erörterungen, deren Ergebniß noch überdieß in der Regel ungewiß sein wird, für angemessen erachtet.

---

§ 236. Der redliche Besitzer der Sache, in welcher die verborgenen Gegenstände entdeckt wurden, ferner Derjenige, welcher ein widerrufliches Eigenthum an der Sache hat, erwirbt das dem Eigenthümer Zufallende, ohne bei der späteren Rückgabe der Sache zur Ausantwortung desselben verpflichtet zu sein.

Motive. Dieser § handelt blos von dem bonae fidei possessor und dem Eigenthümer auf Zeit; auf den Nießbraucher und den Familienfideicommißbesitzer beziehen sich die Vorschriften in §§ 622. 650. 2564 des Entwurfs (§§ 606. 634. 2531 des B. G.-B.).

Der redliche Besitzer und Derjenige, welcher ein widerrufliches Eigenthum hat, erwerben, wie sich aus den Worten „ohne bei der späteren Rückgabe“ &c. deutlich ersehen läßt, das dem Eigenthümer Zufallende nur, wenn der Schatz während dieses redlichen Besitzes oder so lange das Eigenthum noch bestand, gehoben worden ist. Die Vorschrift des § in Bezug auf den redlichen Besitzer (vergl. § 188), welcher auch gemeinrechtlich (l. 136. D. de R. J.), als Eigenthümer behandelt wird und die Rechte des Eigenthümers — insoweit die Gesetze nicht etwas Anderes bestimmen — ausübt, steht in keinem principiellen Widerspruche mit der Bestimmung in § 303, nach welchem der Gegenstand der Eigenthumsklage Herausgabe der Sache nebst Zuwachs ist. Denn der Schatz ist an sich kein Bestandtheil oder Zuwachs einer Sache, sondern eine für sich bestehende besondere Sache, an welcher nach der, auf Glücksfall beruhenden Entdeckung, durch die Besitzergreifung Eigenthum erworben wird. Die positiv gesetzlichen Bestimmungen über den Erwerb dieses Eigenthums beruhen zwar auf einer analogen Anwendung der Lehre von den Accessionen, es wird aber nach den Vorschriften des B. G.-B. durch die Hebung der verborgenen Sache keine Verbindung der ersteren mit der letzteren, kein sachlicher Zuwachs, sondern ein selbständiges Eigenthum hervorgebracht.

In Bezug auf den Schatzerwerb durch den Eigenthümer auf Zeit sind die in §§ 112 und 291 enthaltenen Bestimmungen zu vergleichen.

---

§ 237. Wenn der Eigenthümer die verborgenen Sachen unter Vornahme einer strafbaren Handlung entdeckt hat, so erwirbt der Staat das Eigenthum. Ist die Entdeckung in einer fremden Sache durch eine strafbare Handlung oder dadurch geschehen, daß der Finder ohne Einwilligung des Eigenthümers in derselben nach den verborgenen Gegenständen suchte, oder hat der Finder die ihm obliegende Anzeige in der bestimmten Zeit an den Eigenthümer der Sache unterlassen, so erwirbt der Letztere auch das Eigenthum, soweit es sonst dem Finder zugefallen wäre.

Der erste Satz dieses § bezieht sich auf den Fall, wenn der Eigenthümer der bergenden Sache oder (vergl. § 234) eine von diesem zur Aufsuchung beauftragte Person den Schatz selbst entdeckt und gehoben hat. Die Anwendung blos abergläubischer Mittel (sog. artes magicae) ist an und für sich allein unter den strafbaren Handlungen nicht mit inbegriffen, vergl. die Motive und Bemerkungen zu § 234. Die weiteren Bestimmungen des § betreffen den Fall, wenn der Schatz in einer fremden, beweglichen oder unbeweglichen Sache gefunden worden ist, und geben die Fälle an, in welchen der Finder (oder die nach § 234 als Finder zu betrachtende Person) das ihm der Regel nach Zufallende nicht erwirbt. Diese Fälle sind

a) wenn die Entdeckung durch eine strafbare Handlung erfolgt ist. Die Handlung kann polizeilich oder criminalrechtlich strafbar sein, auch die Anwendung abergläubischer Mittel, wenn sie in strafbarer Weise geschieht, kann in Betracht kommen. Der Finder verliert dadurch seinen Anspruch zum Vortheil des Eigenthümers, doch gebührt der ganze Schatz dem Staate, wenn der Eigenthümer von der strafbaren Handlung Kenntniß gehabt und dieselbe geduldet hat. Ferner

b) verliert der Finder seinen Anspruch an den Eigenthümer, wenn er ohne Einwilligung, noch mehr also, wenn er gegen das ausdrückliche Verbot des Eigenthümers nach dem Schatze gesucht, und eben so

c) wenn er die ihm nach § 233 obliegende Anzeige nicht innerhalb der bestimmten Frist erstattet hat.

---

§ 238. Wer nach §§ 233—237 ein Recht auf die entdeckten Sachen hat, kann eine öffentliche Aufforderung zu Ausschließung der sonst etwa Berechtigten beantragen.

Aus der Fassung dieses § ergeben sich folgende Sätze: Die öffentliche Aufforderung ist kein für den Erwerb des Eigenthums am Schatze nothwendiges Erforderniß, sondern nur eine Maßregel, welche die Betheiligten ergreifen können, um sich durch Präclusion der sonst etwa Berechtigten vor den Ansprüchen der letzteren sicher zu stellen. Der Antrag kann, wenn der Schatz in einer fremden Sache entdeckt worden ist, ebensowohl gemeinschaftlich vom Finder und Eigenthümer, als von dem einen oder dem anderen derselben gestellt werden. Letzterenfalls hängt die Beantwortung der Frage, ob die Rechtskraft der Präclusion auch dem anderen Betheiligten zu Statten komme, von den proceßrechtlichen Vorschriften[1] über das Verfahren bei der Aufforderung der unbekannten Berechtigten auf einseitigen Antrag ab. Ferner ist bei einer Vergleichung dieses § mit dem § 233 darauf hinzuweisen, daß, wie die Worte „deren Eigenthümer nicht ermittelt werden kann" an die Hand geben, der Sinn des § 233 nicht der ist, daß das Eigenthum an Schätzen mit dem Augenblicke der Besitzergreifung sofort und endgültig erworben werde. Die Entdeckung und Hebung des Schatzes begründet allerdings ipso iure Eigenthum sowohl auf Seiten des Eigenthümers, als auf Seiten des Finders, so daß auch in dem Falle, wenn der Schatz in fremder Sache entdeckt worden ist, kein blos obligatorisches Verhältniß zwischen den gedachten Personen stattfindet; der vollständige Erwerb dieses Eigenthums tritt aber erst durch die legale Präclusion, oder wenn die öffentliche Aufforderung nicht erfolgt ist, durch den Hinzutritt der Ersitzung, für welche die Hebung des Schatzes den Titel abgiebt, ein. Die Dauer der Ersitzungszeit ist nach § 261 auf drei Jahre zu bestimmen.

Eine besondere Bestimmung über den Fall, wenn von mehreren Miteigenthümern der eine allein den Schatz entdeckt hat, enthält das Gesetzbuch nicht. Es ist aber selbst-

---

1. Nach § 5 der Ein- u. Ausführungsverordnung zum B. G.-B. ist zum Erlaß der öffentlichen Aufforderung das Gericht des Ortes zuständig, wo der Schatz gefunden worden ist. Das processualische Verfahren richtet sich nach den Vorschriften über die Ausmittlung unbekannter Ansprüche auf gerichtliche Deposita, vergl. Mandat, die Edictalcitationen außerhalb des Concurses betr. vom 13. November 1779 (II. C. C. A. Tom. I. pag. 367), Gesetz, einige Abänderungen im Proceßverfahren betr. vom 27. October 1834. n. III. (Gesetz- u. V.-Bl. v. 1834 S. 247) und Gesetz, die Vereinfachung des bürgerl. Proceßverfahrens betr. vom 30. December 1861 § 9 (Gesetz- u. V.-Bl. v. 1861 S. 592).

verständlich, daß diese zwiefache Eigenschaft berücksichtigt werden und der Miteigenthümer seinen Theil als Finder und als Eigenthümer erwerben muß. Sind bei der Auffindung in fremder Sache mehrere Personen als Finder der verborgenen oder mehrere Personen als Miteigenthümer der bergenden Sache vorhanden, so hat diese Concurrenz, mag sie blos auf der einen, oder auf beiden Seiten eingetreten sein, keinen Einfluß auf das in § 233 bestimmte Verhältniß der Theile des Finders und des Eigenthümers; es tritt auf beiden Seiten ein gemeinschaftliches Eigenthum an der zugefallenen Hälfte des Schatzes ein. In Bezug auf die Concurrenz mehrerer Personen als Finder ist die Bestimmung in § 241 anwendbar. Schließlich möge bemerkt werden, daß bei der in § 236 erfolgten Gleichstellung des redlichen Besitzers und des Eigenthümers auf Zeit mit dem unbeschränkten Eigenthümer, die bei diesem geltenden Vorschriften auch auf jene anzuwenden sind.

---

§ 239. Wer eine verlorene oder sonst abhanden gekommene Sache, von welcher ihm unbekannt ist, wer ihr Eigenthümer ist, oder wer sie verloren hat, und deren Werth den Betrag eines Thalers übersteigt, findet und an sich nimmt, erwirbt das Eigenthum daran, wenn er von Zeit des Fundes an innerhalb vier Wochen denselben der Polizeibehörde des Fundortes angezeigt, die zuständige Behörde den Fund einmal und bei einem Betrage über fünfzig Thaler zweimal in einem öffentlichen Blatte bekannt gemacht, und sich, von der Zeit der einmaligen oder letzten Bekanntmachung an, innerhalb Jahresfrist kein zur Abforderung des Gefundenen Berechtigter gemeldet hat.

Motive. In diesen und den folgenden §§ ist von dem Finden verlorener oder sonst abhanden gekommener Sachen die Rede. Zu Erklärung des Einzelnen hat man Folgendes beizufügen:

a) Für die Anzeige des Fundes bei der Polizeibehörde hat man die dem Strafgesetzbuche Art. 291 entsprechende vierwöchentliche Frist beibehalten.

b) Der in dem angegebenen Artikel des Strafgesetzbuches gebrauchte Ausdruck: „Behörde" ist in § 250 des Entwurfs (§ 239 des B. G.-B.) dahin näher festgestellt worden, daß die Anzeige von dem Funde bei der „Polizeibehörde" zu machen sei.

Das Finden einer verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sache, deren Eigenthümer zu ermitteln ist, hat nach Röm. Rechte keine besonderen privatrechtlichen Wirkungen und galt daher auch nicht als Eigenthumserwerb durch Zueignung[1]. Die Lehre von dem Finden verlorener Sachen beruht vielmehr auf deutschrechtlichen, durch die Particulargesetzgebungen ausgebildeten Anschauungen. Die Grundsätze, welche im Sächs. Particularrechte[2] über die Auffindung verlorener Gegenstände galten, sind durch das B. G.-B. in verschiedenen Punkten wesentlich geändert worden. Der hauptsächliche Unterschied besteht darin, daß der Antheil am Funde, welcher nach älterem Rechte der Obrigkeit zufiel, gänzlich in Wegfall gebracht, und außer den in § 243 erwähnten Fällen einer

---

1. l. 31. § 1. D. de acqu. rer. dom. Verlorene Sachen sind solche, deren Verlust ohne den Willen des Besitzers und ohne äußerlich einwirkende Umstände, z. B. Naturereignisse, oder bei Thieren eigene Kraftäußerung, herbeigeführt worden ist.

2. Haubold, Sächs. Privatrecht § 182.

widerrechtlichen Gebahrung lediglich dem Finder ein Anspruch auf den Erwerb des Eigenthums am Funde zugestanden, so wie ferner, daß bei dem Anspruche auf Gewährung eines Finderlohns (§ 242) der durch einen vermeintlichen, aber quellenmäßig nicht begründeten,[1] auch von der neueren sächsischen Praxis nicht anerkannten Gerichtsgebrauch eingeführte Unterschied zwischen eignen und fremden Gerichtsunterthanen aufgehoben und die unbedingte Verpflichtung eines, jederzeit in Gelde bestehenden, Finderlohnes anerkannt worden ist. Bei den speciellen Bestimmungen in §§ 239. 240. 242 und 243 über die Verpflichtung zur Anzeige, beziehendlich die Verheimlichung des Fundes, hatte man die Vorschriften des Strafgesetzbuchs vom 11. August 1855, Art. 291 (man vergl. auch Art. 291 des revid. Strafgesetzbuchs vom 1. October 1868) von der Fundunterschlagung, zu berücksichtigen und diese mit den privatrechtlichen Grundsätzen über die Folgen des Fundes in Betreff des Finders und Verlierers in Einklang zu bringen. Insbesondere ist zu § 239 noch zu bemerken, daß die im Entwurfe § 250 am Schlusse zu lesenden Worte „zur Erhebung des Fundes Berechtigten" bei der Schlußredaction mit den Worten der „zur Abforderung des Gefundenen Berechtigten" vertauscht worden sind[2]. Der Funderwerb ist nach dem § ausgeschlossen, wenn der Finder den Verlustträger kennt. Jedoch ist, um diese Bekanntschaft anzunehmen, nicht gerade nöthig, daß der Finder den Verlierer von Person oder dem Namen nach kenne. Die hiermit zusammenhängende Frage, ob von einem Funderwerbe, oder einem Anspruche auf Finderlohn die Rede sein könne, wenn eine Sache in der eigenen Behausung oder in geschlossenen Privaträumen verloren worden ist, wird sich nur nach den Verhältnissen des einzelnen Falles entscheiden lassen[3]. Die Worte „wer ihr Eigenthümer ist oder sie verloren hat", weisen darauf hin, daß nicht blos der Eigenthümer, oder der rechtmäßige Besitzer, sondern auch andere Personen durch eine rechtzeitige Anmeldung ihres Verlustes die Erwerbung des Eigenthums auf Seiten des Finders ausschließen können. Dieß wird nun auch durch die allgemeine Fassung der Worte „ein zur Abforderung des Gefundenen Berechtigter" ausgedrückt, womit nicht gesagt ist, daß Der, welcher sich als der Verlierer meldet und die Auslieferung beantragt, ein Recht auf die Sache oder an der Sache haben müsse. Hiernach kann selbst der bloße Detentor, welcher die in seinem factischen Besitze befindliche Sache verloren hat, die Ausantwortung derselben vom Finder verlangen. (Man vergl. S. 224.) Zum Erlaß der öffentlichen Aufforderung ist nach § 6 der Ein- und Ausführungsverordnung zum B. G.-B. die Sicherheitspolizeibehörde des Fundortes zuständig. Die Aufforderung ist an Alle zu richten, welche auf die gefundene Sache Ansprüche zu haben meinen.

---

§ 240. Uebersteigt der Werth des Gefundenen einen Thaler nicht, so erwirbt der Finder das Eigenthum nach Ablauf eines Jahres von der Zeit des Fundes an, ohne daß es einer Anzeige bei der Polizeibehörde oder einer öffentlichen Bekanntmachung bedarf.

Diese Bestimmung, zufolge deren die nach § 239 bei werthvolleren Gegenständen unerläßliche Anzeige und öffentliche Bekanntmachung, bei gefundenen Sachen, deren Werth nicht über einen Thaler beträgt, unnöthig ist, rechtfertigt sich eben durch die Unerheblichkeit des Objectes und steht im Zusammenhange mit der strafgesetzlichen Vorschrift, daß

---

1. Haubold, de origine atque fatis usacapionis rer. mobil. Sax. § 4 in dessen opusc. academ. II, p. 53.
2. Gleiches ist auch § 242 des B. G.-B. (§ 253 des Entwurfs) geschehen.
3. Siebdrat, Commentar zum Strafgesetzbuch S. 249. Annalen Bd. 8, S. 341.

die Aneignung einer gefundenen Sache in diesem Falle keine strafbare Handlung ist. Auf den Fall, wo der Finder den Verlierer kennt, bezieht sich die Vorschrift des § nicht.

---

§ 241. Als Finder wird auch Derjenige angesehen, welcher den verlorenen Gegenstand zu ergreifen im Begriffe war, selbst wenn ein Anderer ihn daran hinderte, um ihm den Gegenstand zu entziehen.

Das bloße den Blick afficirende Finden einer verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sache begründet noch nicht die in diesem Abschnitte gedachten Rechte und Verpflichtungen, sondern es gehört dazu auch noch die Ergreifung der Sache.

Hierbei wird in Betreff der Frage, wer nach dieser Regel als der Finder zu beurtheilen sei, wenn Mehrere bei der Entdeckung der Sache concurriren, im § dahin entschieden, daß Derjenige, welcher die Sache zuerst erblickt und in Besitz zu nehmen gesucht, also bereits eine zur Besitzergreifung dienende Thätigkeit entwickelt hat, als der Finder zu betrachten ist, dem seine gesetzlichen Ansprüche nicht dadurch entzogen werden sollen, daß ein zweiter ihm in der Besitzergreifung selbst zuvorkommt. Daß auch eine Concurrenz mehrerer, gleichberechtigter Finder möglich sei, wird man nicht in Abrede stellen können, das B. G.-B. konnte indeß, um sich nicht in eine zu große Casuistik zu verlieren, die Voraussetzungen nicht speciell bestimmen, unter welchen ein solches gleichzeitiges Finden anzunehmen sei. Es muß also nach den besonderen Umständen des betreffenden Falls beurtheilt werden, ob ein gleichzeitiges Erblicken und eine gleichzeitige Besitzergreifung anzunehmen sind, wobei aber immer die Vorschrift des § wegen des Vorgreifens in Berücksichtigung bleiben muß. Angenommen es wären mehrere Mitfinder vorhanden, so würde ihnen ein gemeinschaftlicher Anspruch auf das Eigenthum, bezüglich den Finderlohn erwachsen, aber auch jeden, rücksichtlich seines Antheils am Funde, die im B. G.-B. erwähnten Verbindlichkeiten, sowie die Folgen der Vernachlässigung dieser Verbindlichkeiten treffen.

---

§ 242. Meldet sich ein zur Abforderung des Gefundenen Berechtigter vor Ablauf der im § 239 bestimmten Jahresfrist, so erhält er das Gefundene gegen Erstattung der nothwendigen und nützlichen Verwendungen, unter Abrechnung der von dem Finder etwa gezogenen Früchte, muß aber demselben den zehnten Theil des Werthes, welchen die Sache nach Abzug der Kosten hat, als Finderlohn geben. Beträgt der Werth über einhundert Thaler, so hat er vom Mehrbetrage nur eins vom Hundert zu entrichten. Hierbei werden mehrere gleichzeitig gefundene Sachen als eine angesehen. Haben die gefundenen Sachen nur für Denjenigen Werth, welcher sie verloren hat, so hat die Behörde ein Finderlohn nach billigem Ermessen festzusetzen.

Motive. Soviel den in diesem § näher bestimmten Finderlohn angeht, so läßt sich zwar nicht verkennen, daß dem Finder kein Rechtsgrund auf einen Lohn für die Ablieferung der gefundenen Sache zur Seite steht, es auch nicht ohne alle Bedenken ist, Ansprüche auf Belohnung für bloße Pflichterfüllung zuzulassen. Dessenungeachtet hielt man aber die Rücksicht auf das Interesse des Verlierers für durchschlagend, zumal man damit im Wesentlichen blos die schon jetzt geltende,

sich schon im Sachsenspiegel kundgebende, dem Anspruche auf Finderlohn günstige Meinung beibehielt.

In den Fällen, in welchen Sachen nicht sowohl verloren, oder auf eine dem Verlieren gleichstehende Art abhanden, sondern dem Eigenthümer sonst weggekommen sind, z. B. wenn bei einer weithin verbreiteten Ueberschwemmung Hölzer fortgeführt werden oder wenn Thiere ihrem Herrn entlaufen sind, finden die Vorschriften über den Finderlohn keine Anwendung. Derjenige, welcher diese Gegenstände an sich nimmt, wird nach Befinden selbst dann, wenn er den Eigenthümer kennt, seinen Aufwand nach den allgemeinen Vorschriften über die Erstattung der auf fremde Sachen gemachten Verwendungen, auch, unter den sonstigen Voraussetzungen, Entschädigung für seine Bemühungen und für die Aufbewahrung fordern können, aber einen Anspruch auf einen besonderen Finderlohn oder Bergelohn, dessen Höhe sich wegen der Mannigfaltigkeit der dabei zu berücksichtigenden Verhältnisse ohnedem nicht im Voraus bestimmen ließe, hat er nicht.

Der Finderlohn besteht nach dem § jederzeit in einer Geldsumme.

Das Citat des § 239 könnte zu der Annahme führen, als ob der Finderlohn nur in den § 239 gedachten Fällen, wenn der Werth des Gefundenen die Summe von einem Thaler übersteigt, beansprucht werden könne. Dem ist aber nicht so, denn eines Theiles würde es an einem zulänglichen Grunde fehlen, dem Finder seinen Lohn bei einem geringeren Werthbetrage abzusprechen, während er denselben unbedingt zu fordern hätte, wenn der Werth des Gefundenen jene Werthsumme auch nur um das Geringste überstiege, und dann ist auch die im § 239 erwähnte Jahresfrist für alle Fälle des Fundes festgesetzt und nur der Anfangspunkt derselben in den § 239 gedachten Fällen ein anderer, als in den § 240 behandelten. Ueber den Begriff der nothwendigen und nützlichen Verwendungen ist § 77 in Verbindung mit §§ 313. 316 zu vergleichen. Unter den Früchten sind ebensowohl bürgerliche, als natürliche zu verstehen.[1]

---

§ 243. Der Finder, welcher den Fund, wenn der Gegenstand über einen Thaler beträgt, nicht innerhalb vier Wochen von der Zeit der Ansichnahme an bei der Polizeibehörde des Fundortes anzeigt, ingleichen der Finder, welcher den Fund, wenn der Gegenstand nicht über einen Thaler beträgt, auf geschehene Nachfrage verheimlicht, hat keinen Anspruch auf die in §§ 239. 240. 242 angegebenen Vortheile. An der Stelle des Finders erwirbt der Staat das Eigenthum des Gefundenen.

Dieser § steht in Verbindung mit dem 291. Art. des Strafgesetzbuchs. In Betreff der Frage, in wie weit der Staat beim Erwerbe des Eigenthums an der gefundenen oder sonst abhanden gekommenen Sache an die in §§ 239. 240 angegebenen Erfordernisse gebunden sei, ist darauf hinzuweisen, daß derselbe bei widerrechtlicher Gebahrung des Finders, an die Stelle des Letzteren treten, also nicht unmittelbar erwerben soll. Daraus folgt, daß der Staat das Eigenthum nicht vor Ablauf der Jahresfrist, bezüglich nicht ohne Erlaß der in § 239 vorgeschriebenen öffentlichen Bekanntmachung erwirbt. Hat sich bereits ein

1. Es ist hierbei zu berücksichtigen, daß der Finder zwar (im Falle des § 239) zur Anzeige, aber nicht zu Ablieferung des Gefundenen an die Polizeibehörde verbunden ist. Zu einer besonderen Diligenz ist der Finder dem Verlierer gegenüber nicht verpflichtet; er haftet bei der Aufbewahrung nur für dolus und culpa lata.

zur Abforderung des Gefundenen Berechtigter gemeldet, so wird dem Staate höchstens nur der Anspruch auf das Finderlohn verbleiben. Uebrigens beschränkt das B. G.-B. den Staat nicht in Betreff der Verfügung über das durch das unredliche Gebahren des Finders Erworbene.

II. **Fruchterwerbung.**

§ 244. Der Eigenthümer einer Sache bleibt Eigenthümer der Früchte derselben, selbst wenn sie von der Sache getrennt sind, sofern nicht ein Anderer das Eigenthum an denselben erwirbt. Der redliche Besitzer der Sache erwirbt das Eigenthum der Früchte mit Ausschluß des Eigenthümers, sobald sie von der Sache getrennt sind.

Motive. Die in diesen §§ gegebenen Vorschriften über den Fruchterwerb stimmen im Wesentlichen mit dem bisherigen Rechte, welches sich in dieser Lehre ganz rationell gebildet hat, überein.

Soviel den Eigenthümer der fruchttragenden Sache betrifft, so sind die (natürlichen) Früchte, so lange sie noch nicht getrennt sind, integrirende Theile der Sache, mit der Lostrennung werden sie zwar selbständige Eigenthumsobjecte, der Eigenthümer der Hauptsache bleibt aber, sofern nicht etwa ein Anderer durch die Trennung das Eigenthum an denselben erwirbt, Eigenthümer, wie er es bis dahin gewesen ist (l. 44 D. de rei vind., l. 61 § 8 D. de furt., l. 5 § 2 D. de rei vind., l. 25 D. de usur.). Dieser Satz ist im ersten Theile des § 244 ausgesprochen.

Angehend den bonae fidei possessor, so erwirbt derselbe die Früchte mit der Trennung derselben (l. 25 § 1 D. de usuris), gleichviel durch wen diese geschieht. Zwar hat man die Behauptung aufgestellt, daß der bonae fidei possessor die Früchte nicht mit deren Trennung, sondern erst durch deren Ersitzung erwerbe (Marezoll, Zeitschr. f. Civilrecht und Proceß, Bd. 18, Nr. 7). Allein diese Behauptung findet in den Quellen keine Bestätigung (man vergl. Pagenstecher a. a. O., S. 103). Ebensowenig läßt sich die Meinung, daß der bonae fidei possessor blos ein interimistisches Eigenthum an den Früchten erlange, rechtfertigen, indem die dafür angezogene l. 48 pr. D. de acquirendo rer. dom. nur so viel sagt, daß der bonae fidei possessor, wenn der Eigenthümer mit der Vindicationsklage gegen ihn auftritt, zur Erstattung der Früchte verbindlich werden könne (man vergl. Pagenstecher a. a. O.). In Uebereinstimmung hiermit disponirt der §: „Der redliche Besitzer der Sache erwirbt das Eigenthum der Früchte, mit Ausschluß des Eigenthümers, sobald sie von der Sache getrennt sind.“ (Man vergl. übrigens § 319 des Entwurfs, § 308 des B. G.-B.)

Zu diesem §, in welchem das B. G.-B. die gemeinrechtlich noch bestehenden Controversen über das Recht des redlichen Besitzers (vergl. hierzu die Begriffsbestimmung in §§ 186. 188) an den Früchten der im guten Glauben besessenen Hauptsache entschieden hat, ist noch Folgendes zu bemerken:

Die Bestimmungen desselben beziehen sich auf die natürlichen Früchte, da sich nur bei diesen ein Eigenthumserwerb, beziehungsweise durch Zueignung annehmen läßt. Dagegen gelten sie ebensowohl bei rein natürlichen als bei den sog. gemischten Naturalfrüchten (vergl. hierzu §§ 73. 76). Hiernächst ist auf den Gegensatz der Trennung zu der Erhebung der Früchte in §§ 244. 245 aufmerksam zu machen. Die Trennung besteht bei den na-

türlichen Früchten in der Aufhebung des organischen Verbandes zwischen der Hauptsache und der Frucht, gleichviel wie, ob durch menschliche Handlungen oder durch physische Einwirkungen und Ereignisse anderer Art, z. B. das Abfallen der Frucht bei Windstößen, die Geburt eines Thieres, die Lösung der Frucht von der fruchttragenden Sache bewirkt worden ist. Die Erhebung der Früchte erfolgt durch die Aneignungshandlung dessen, welcher sie erwerben will, also durch die Handlung, welche den Willen sich die Frucht zuzueignen kundgiebt, und darf nicht mit der bloßen Trennung verwechselt werden, wenn auch in den Fällen, wo die Trennung nicht durch Naturereignisse geschieht, die Aneignungshandlung in der Regel nicht zur besonderen äußeren Erscheinung gelangt, sondern entweder mit der Trennung der Frucht von der Hauptsache zusammenfällt, oder, wie bei jungen Thieren und Eiern in dem Gewahrsam über das Mutterthier liegt, vergl. die Motive zum folg. §. Die von der Hauptsache getrennten Früchte werden zwar durch die Trennung neue Sachen und als solche selbständige Eigenthumsobjecte, der Eigenthümer der Hauptsache bleibt aber auch Eigenthümer der, gleichviel wie, von der letzteren getrennten Früchte, ohne daß es dazu einer Aneignungshandlung bedarf und bis ein Anderer das Eigenthum daran erwirbt. — Eine Ausnahme von dieser Regel tritt, aus nachbarrechtlichen Gründen, bei dem § 363 erwähnten Ueberfall ein.

Der redliche Besitzer der Hauptsache erwirbt nach dem § ebenfalls ein, und zwar unwiderrufliches Eigenthum an den Früchten der ersteren durch die bloße Trennung. Das B. G.-B. hat diesen, nach der richtigen Meinung, auch gemeinrechtlich begründeten Satz dahin ausgedehnt, daß der redliche Besitzer die bereits erhobenen, bei der Anstellung der Eigenthumsklage noch vorhandenen Früchte an den obsiegenden Kläger herauszugeben oder zu vergüten nicht verbunden sein soll. Zum Erwerbe des Eigenthums an den Früchten ist bei dem redlichen Besitzer der Hauptsache erforderlich, daß sich derselbe noch im Augenblicke der Trennung im guten Glauben befindet. Durch den Eintritt einer mala fides oder die Anstellung der Eigenthumsklage wird zwar das Eigenthum des Besitzers, welches derselbe an den bis dahin getrennten Früchten erworben hat, nicht aufgehoben, er kann aber von diesen Zeitpunkten an weder durch bloße Trennung, noch durch Erhebung Eigenthum an den weiteren Früchten der fremden Sache erwerben.[1]

Der § macht ferner keinen Unterschied zwischen den Früchten beweglicher und unbeweglicher Sachen, es wird daher auch der redliche Besitzer eines Grundstücks Eigenthümer der auf demselben erzeugten Früchte durch die Trennung (vergl. auch § 308). Dieß steht mit den auf dem Ingrossationssystem beruhenden Vorschriften des B. G.-B. über den Erwerb des Eigenthums an Grundstücken und den Wegfall der publicianischen Klage bei diesen, sowie mit der Oeffentlichkeit der Grundbücher in keinem Widerspruche. Denn erstens kann, unbeschadet der letzteren, auch bei Grundstücken, für welche ein Folium besteht, recht wohl ein redlicher Besitz vorkommen, weil es bei dem Begriffe der Redlichkeit (bona fides) auf die subjective Ueberzeugung des Besitzers von seinem Rechte ohne beschränkende Rücksicht darauf ankommt, ob derselbe auch hinreichende Gründe für diese Ueberzeugung gehabt habe, und zweitens hören durch die Trennung die Früchte auf, Bestandtheile des Grundstücks zu sein, sie werden dadurch neue, und zwar bewegliche Sachen, deren Eigenthumserwerb nicht unter der Herrschaft des Ingrossationssystems steht.

Aus den Vorschriften des § 244 folgt, daß der redliche Besitzer ebenso wie der Eigenthümer der Hauptsache wegen der ihm durch die Trennung zugefallenen Früchte die rei vindicatio hat.

1. Gemeinrechtlich; l. 23 § 1. l. 40. l. 48 D. de acqu. rer. dom. Nur die l. 25 § 2 D. de usur. scheint für die Dauer der bona fides bis zur Eviction zu sprechen.

§ 245. Wer vermöge einer Dienstbarkeit oder einer Forderung zur Benutzung einer Sache berechtigt ist, erwirbt das Eigenthum an den Früchten und anderen ihnen gleich stehenden Nutzungen, wenn er dieselben erhebt. Junge Thiere, ingleichen Eier erwirbt er, sobald sie von den Mutterthieren getrennt sind.

Motive. Bei den von einem Mutterthiere geworfenen Jungen, sowie bei den von Federvieh gelegten Eiern tritt eine besondere Aneignungshandlung nicht äußerlich hervor, vielmehr liegt dieselbe schon in dem Gewahrsame über die Mutterthiere oder das Federvieh selbst (l. 28 pr. D. de usur., l. 4 § 19 D. de usurpat., Böcking a. a. O., S. 275). Auch dieß wird in diesem § im Schlußsatze anerkannt. Der dem Nießbrauche an einer Heerde eigenthümlichen Bestimmung der l. 68 § 2 D. de usuf., daß der Nießbraucher die Heerde aus den Jungen ergänzen muß und der daraus hervorgehenden Folgen für den Eigenthumserwerb an den Jungen in diesem Falle, braucht hier nicht gedacht zu werden.

Es ist bei diesem § wiederholt auf den schon zum vorigen § erörterten Unterschied zwischen Trennung und Erhebung der Früchte hinzuweisen; die erstere ist für den Eigenthümer und den redlichen Besitzer der Hauptsache, die letztere für den zur Benutzung der Hauptsache Berechtigten die den Eigenthumserwerb begründende Thatsache. Die Vorschriften des § 76 über die Vertheilung der natürlichen Früchte, je nachdem dieselben blos durch Naturkräfte, oder zugleich durch Verwendungen auf ihre Gewinnung hervorgebracht werden, beziehen sich nicht auf den Eigenthumserwerb an den bereits erzeugten und erhobenen Früchten und kommen nur dann zur Anwendung, wenn das Benutzungsrecht des Dritten vor der Erhebung aufhört und eine Auseinandersetzung zwischen diesem und dem Eigenthümer der Hauptsache nöthig wird.[1]

Ein bloßes eigenmächtiges und vertragswidriges Verbot des Verpachters, die Früchte der verpachteten Sache zu erheben, kann den guten Glauben des Pachters und den Erwerb des Eigenthums an den gegen den Willen des Verpachters erhobenen Früchten nicht ausschließen. Die Sequestration einer fruchttragenden Sache (auf Antrag hypothekarischer Gläubiger nach § 424, oder als Sicherungs-, Executions- oder Concursmaßregel) hat keinen Einfluß auf den Erwerb des Eigenthums an den getrennten, beziehendlich erhobenen Früchten und die Person des Erwerbers. Der Sequester vertritt dabei nur die Stelle des zur Fruchtziehung Berechtigten, unbeschadet jedoch der Rechte, welche die Gläubiger an den von diesem erworbenen Früchten haben.

III. Umarbeitung und Umbildung.

§ 246. Wenn Jemand aus einer oder aus mehreren Sachen, mögen sie sämmtlich fremde oder zum Theil eigene sein, durch Umarbeitung oder Umbildung für sich eine neue Sache schafft, so erwirbt er das Eigenthum der letzteren. Er ist jedoch dem Eigenthümer des fremden Stoffes, wenn er in redlichem Glauben handelte, Ersatz, soweit er bereichert ist, wenn er in unredlichem Glauben handelte, vollen Ersatz zu leisten verbunden.

---

1. Vergl. die Bemerkungen zu §§ 76. 1208.

Motive. Zum besseren Verständnisse dieses auf die Specification, als modus adquirendi dominii, bezüglichen § werden nachstehende Bemerkungen beitragen:

1) Es wird in dieser Vorschrift kein Unterschied gemacht, ob die specificirte Sache sich auf ihre frühere Form zurückführen läßt oder nicht, sondern die Erwerbung des Eigenthumes an die bloße Thatsache der Umarbeitung oder der Umbildung geknüpft. In dieser Beziehung weicht das Gesetzbuch von dem gemeinen Rechte ab, nach welchem der Specificant das Eigenthum an der neuen Species blos unter der Voraussetzung erwirbt, wenn ein Zurückführen derselben auf die alte Form nicht möglich ist (§ 25 J. de r. d.). Für die Abweichung hat man sich entschieden, weil der Grundsatz des gemeinen Rechts, daß der Specificant das Eigenthum an der von ihm producirten Species erwirbt, welcher auf der ganz richtigen Annahme beruht, daß durch die vermittelst der Specification herbeigeführten Existenz einer neuen Sache das Recht des Eigenthümers an der alten, untergegangenen, aufgehoben wird, nur dann in dem Verkehre die erforderliche Sicherheit zu geben geeignet ist, wenn von der häufig sehr zweifelhaften Frage, ob das specificatum auf seine frühere Gestalt zurückgebracht werden kann, gänzlich abgesehen wird.

2) Das Wesen der Specification beruht in dem Untergange der alten Sache und in dem Entstehen einer neuen Sache an der Stelle jener. Von einer Specification kann daher keine Rede sein, wenn eine Sache nicht durch wesentliche Umwandlung ihrer inneren Beschaffenheit umgestaltet wird, sondern blos deren Form sich ändert, ohne daß ihr Wesen ein anderes wird. Um dieß hervorzuheben, ist in diesem § der Begriff der Specification dahin festgestellt worden, daß dieselbe in dem Schaffen einer neuen Sache durch Umarbeitung und Umbildung einer anderen Sache bestehe.

3) Die Zuständigkeit des Eigenthumes der neuen Species von dem Werthverhältnisse zwischen Stoff und Arbeit abhängig zu machen, hat man Bedenken getragen, weil dieses Princip **erstens** wegen der sich darnach nöthig machenden Werthsermittelungen zu vielfachen Weiterungen führt, während deren Dauer das Eigenthum unentschieden bleibt, und **zweitens** die Eigenthumsfrage selbst von verhältnißmäßig ganz unbedeutenden Werthdifferenzen abhängig machen kann.

4) Dem Umstande, ob der Specificant in bona oder mala fide gestanden habe, hat man auf die Eigenthumsfrage keinen Einfluß eingeräumt. Zwar ließe sich hiergegen geltend machen, daß bei der Annahme eines unbedingten Eigenthumserwerbes durch die Specification für den Eigenthümer des durch dieselbe vernichteten Gegenstandes in dem Falle eine Unbilligkeit liege, wenn der in mala fide befindliche Specificant unfähig zur Ersatzleistung sei, auch schon nach gemeinem Rechte (l. 12 § 3 D. ad exhib. l. 52 § 14 D. de furtis.) die mala fides des Specificanten den Eigenthumserwerb des letzteren hindere. Man hat jedoch alle Rücksichten auf den Eigenthümer der umgestalteten Sache ausreichend wahren zu können geglaubt, wenn man, je nachdem der Specificant in bona oder mala fide gestanden hat, die Modalität der Entschädigungsverbindlichkeit verschieden bestimmte.

5) Die Worte: „für sich" hat man aufgenommen, um dem Mißverständnisse vorzubeugen, daß der Specificant auch selbst dann das Eigenthum an der neuen Sache erwerbe, wenn er die Specification nicht für sich, sondern für einen Anderen vorgenommen habe.

Durch die in so weit vom gemeinen Rechte abweichende Bestimmung des §, daß der Specificant das Eigenthum an der neugeschaffenen Sache ohne Unterschied, ob sich dieselbe auf ihre ursprünglichen stofflichen Bestandtheile zurückführen läßt, erwerben soll, gleichviel ob die nova species blos aus fremden, oder zugleich aus eignen und fremden Stoffen gebildet worden ist, erledigt sich auch die gemeinrechtliche Streitfrage, ob in dem letzteren Falle, der Verarbeitung fremder und eigner Sachen, die Möglichkeit einer Lösung für den Erwerb des Eigenthums von Bedeutung sei[1]. — Man hat, wie bereits in den Motiven (sub 1) bemerkt, für den Eigenthumserwerb des Specificanten den Gesichtspunkt als den entscheidenden angenommen, daß infolge der Spefication an die Stelle der alten Sache eine neue tritt, und die erstere in der letzteren aufgeht. Eben deshalb mußte aber auch als ein wesentliches Erforderniß für den Begriff der Specification als Eigenthumserwerbes aufgestellt werden, daß durch die Umbildung oder Umarbeitung des vorhandenen Stoffes zu einer neuen Sache, der erstere in seiner sachlichen Individualität untergegangen sei; jedoch ist nicht unbedingt erforderlich, daß die innere Substanz der verarbeiteten Stoffe eine andere geworden sei. Dagegen kommt, wie zum Theil schon durch die Worte des § ausgedrückt wird, nichts darauf an, ob die neue Sache aus einer oder aus mehreren Gegenständen verarbeitet worden ist, oder ob zu der Specification nur rohe oder bereits verarbeitete Stoffe verwendet worden sind. Eine speciellere Regel für das Wesen der Specification läßt sich bei der Mannigfaltigkeit der auf diesem Wege möglichen Erzeugnisse nicht wohl geben, es muß also eintretenden Falles dem richterlichen Ermessen, nach Umständen selbst einer besonderen Beweisführung überlassen werden, zu bestimmen, ob Specification im Sinne des § oder Verbindung oder Vermischung im Sinne des § 247 folg. vorhanden sei. Für das gemeine Recht ist die Ansicht aufgestellt worden, daß der Specificant, auch bei der Möglichkeit der Zurückführung auf die ursprünglichen Bestandtheile, das Eigenthum der neuen Species erwerbe, wenn der Stoff in einem ganz untergeordneten Verhältnisse zu der Arbeit stehe. Diesem, gemeinrechtlich nicht begründeten, Gesichtspunkte hat das B. G.-B. keine Bedeutung beigelegt, es kommt also auch nach dem § nicht in Betracht, ob die Arbeit, welche der Specificant angewendet hat, einen höheren oder geringeren Grad von Kunstfertigkeit oder besonderer Sachkenntniß erfordert. Wenn ferner die Motive bemerken, daß mit den Worten „für sich" dem Mißverständnisse vorgebeugt werden solle, als ob der Specificant das Eigenthum an der neuen Sache auch dann erwerbe, wenn derselbe die Specification nicht für sich, sondern für einen Anderen vorgenommen hat, so bedarf es wohl bei diesem Satze kaum der besonderen Erwähnung, daß der Dritte das Eigenthum der neuen Sache durch die Specification selbst nur dann erwirbt, wenn sie mit seinem Wissen und Willen für ihn vorgenommen worden ist[2]. In diesem Falle kommt darauf, ob er eigenes oder fremdes Material zur Specification hergegeben, oder mit wessen Mitteln das hergegebene Material von ihm angeschafft worden ist, Nichts an. Vergl. Annalen Bd. 7, S. 390. Endlich ist im § auch noch die gemeinrechtliche Controverse, ob der unredliche Glaube des Specificanten den Eigenthumserwerb hindere, so wie die ebenfalls nicht unbestrittene Frage, ob der im redlichen Glauben handelnde Specificant dem Stoffeigenthümer eine Entschädigung für den verwendeten Stoff zu gewähren verbunden, und zwar nach der richtigeren Ansicht entschieden. Denn durch die Specification wird zwar das Eigenthum an der neuen Species ohne Unterschied

1. § 25. J. de rer. div. in Verbindung mit l. 5. § 1. D. de rei vind. und l. 12. § 1. D. de acq. r. dom.

2. Wenn also Jemand einen fremden Stoff zu einem Kunstgegenstande umgebildet hat, um mit dem letzteren einer dritten Person ein Geschenk zu machen, so erwirbt er die neue Species selbst und das Geschenk besteht in dieser, nicht in dem verarbeiteten Stoffe.

erworben, aber nicht zugleich der verwendete Stoff, rücksichtlich dessen dem Eigenthümer die rei vindicatio zusteht, und zwar wider den bonae fidei possessor, in so weit er bereichert ist, gegen den malae fidei possessor als fictus possessor (qui dolo malo desiit possidere).

IV. Verbindung und Vermischung von Sachen.

§ 247. Werden bewegliche Sachen mehrerer Eigenthümer, gleichviel von wem und auf welche Weise, fest verbunden und können dieselben nicht wieder getrennt werden, so erwirbt, wenn die Sache des Einen als Hauptsache, die Sache des Anderen als Nebensache anzusehen ist, der Eigenthümer der Hauptsache das Eigenthum der Nebensache. In anderen Fällen entsteht für die Betheiligten ein Miteigenthum nach dem Verhältnisse des Werthes, welchen die einem Jeden gehörigen Sachen zur Zeit der Verbindung hatten.

Dieser und die nächstfolgenden §§ bis mit 251 behandeln die Verbindung beweglicher Sachen, welche sich im Eigenthume verschiedener Personen befinden, mit wenigen Ausnahmen in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte. Der Unterschied zwischen dieser Verbindung und der Specification besteht darin, daß bei ersterer eine individuell neue Sache nicht geschaffen wird, die mit einander verbundenen Gegenstände vielmehr weder in ihrer äußeren Gestalt, noch in ihrem inneren Wesen, sondern nur in ihrem räumlichen Verhältnissen einer Veränderung unterliegen.

Der § 247 betrifft die absichtliche oder zufällige Verbindung fester Körper mit einander (Adjunction), z. B. durch Anschweißen, Anlöthen, Einweben, unter Umständen wohl auch Färben (nämlich in Beziehung auf den Farbestoff). Nothwendige Voraussetzung für eine Veränderung im Eigenthume ist dabei nach dem §, daß eine Trennung der mit einander verbundenen Körper und eine Wiederherstellung derselben in ihren früheren, wesentlichen Bestand nicht oder nur mit unverhältnißmäßigem Kostenaufwande ausführbar ist. Wenn im Schlußsatze gesagt wird, in allen anderen Fällen entstehe nur ein Miteigenthum nach dem Verhältnisse des Werthes, welchen die einem Jeden gehörigen Sachen zur Zeit ihrer Verbindung gehabt, so ist dieß nicht etwa auf den Fall der Trennbarkeit, sondern nur auf die Fälle zu beziehen, wo eine Trennung in diesem Sinne nicht möglich ist, aber auch keine der verbundenen Sachen im Verhältnisse zu den übrigen als die Hauptsache betrachtet werden kann. Zu bemerken ist hierbei noch, daß, wenn nach der Bestimmung des § ein Miteigenthum eintritt, die ideellen Antheile der Miteigenthümer nach dem Werthe, welchen die Sachen an sich, bei ihrer Verbindung mit einander hatten, nicht nach ihrem relativen Werthe als Bestandtheile des durch die Verbindung hervorgebrachten Ganzen zu regeln sind.

---

§ 248. Ein Miteigenthum nach den Bestimmungen des § 247 entsteht auch, wenn trockene Körper oder Flüssigkeiten oder flüssig gemachte Sachen mehrerer Eigenthümer vermischt werden, eine Trennung unthunlich ist, und keine Umarbeitung oder Umbildung vorliegt. Ist mit Geld eines Dritten gezahlt worden und hat der Empfänger dasselbe mit dem seinigen vermischt, ohne daß die Geld-

stücke des Dritten ausgesondert werden können, so wird der Empfänger Eigenthümer des fremden Geldes.

Motive. Während das gemeine Recht blos bei der commixtio, nicht auch bei der confusio, auf Trennbarkeit der verbundenen Gegenstände Rücksicht nimmt, stellt der § beide Arten der Verbindung gleich. Dieß ist geschehen, weil nach dem gegenwärtigen Stande der Wissenschaft von der Unmöglichkeit einer Scheidung vermischter flüssiger Körper nicht mehr so unbedingt, wie zur Zeit der Röm. Juristen, gesprochen werden kann.

Im Schlußsatze dieses § ist der Grundsatz des gemeinen Rechtes (vergl. Pagenstecher a. a. O. II, S. 360 folg.), daß in allen Fällen, wo mit fremdem Gelde Zahlungen — dieses Wort im weitesten Sinne genommen, so daß darunter sowohl Erfüllung von Schuldverbindlichkeiten, als auch Darlehne begriffen sind — geleistet werden, der Empfänger durch Vermischung desselben mit seinem eigenen Gelde Eigenthum an dem fremden unter der Voraussetzung erwirbt, daß unterscheidende Zeichen, nach welchen jeder der verschiedenen Eigenthümer die ihm zuständigen Stücke zu erkennen vermag, nicht vorhanden sind (si species discerni non possunt), beibehalten worden. In § 307 des Entwurfs (§ 296 des B. G.-B.) ist aber die Vindicationsklage wider Denjenigen, welcher fremdes Geld in redlichem Glauben erhalten hat, ausgeschlossen.

Die in diesem § enthaltene Abweichung vom gemeinen Rechte ist bereits in den Motiven gerechtfertigt. Die Vermischung (commixtio und confusio) unterscheidet sich von der im § 247 besprochenen „festen Verbindung" dadurch, daß bei der Vermischung trockener Körper eine Cohärenz der letzteren unter sich nicht stattfindet, die Unmöglichkeit der Sonderung also nur in dem Mangel besonderer Erkennungsmerkmale liegt, bei der Vermischung flüssiger oder flüssig gemachter Sachen dagegen eine weit innigere Vereinigung entsteht, weshalb auch die Röm. Juristen bei dieser eine Trennbarkeit nicht annehmen. Beispiele sind: das Zusammenschütten von Getreidekörnern, das Einschmelzen von Metallen, das Zusammengießen gleichartiger Weine, die Mischung verschiedener flüssig gemachter Farben. Mit den Worten „und keine Umarbeitung oder Umbildung vorliegt" hat darauf hingewiesen werden sollen, daß die Vermengung oder Vermischung möglicherweise eine Specification enthalten oder zum Zwecke einer solchen vorkommen kann, wie z. B. wenn aus trockenen oder flüssigen Substanzen eine Medizin bereitet, oder aus einer Combination und Verschmelzung verschiedener Metalle ein neues Metall gewonnen wird. In allen Fällen der Vermengung oder Vermischung bildet die Möglichkeit der Trennung das einzige Kriterium für die Veränderung im Eigenthume; der Unterschied zwischen Haupt- und Nebensache kommt nicht in Betracht und es entsteht im Falle der Untrennbarkeit nur ein Miteigenthum, bei welchem sich die ideellen Theile der Miteigenthümer ebenfalls nach dem Verhältnisse des Werthes bestimmen, welchen die vermischten Gegenstände an sich zur Zeit der Vermischung hatten. Hinsichtlich einer Zahlung mit fremdem Gelde gestaltet sich das Verhältniß nach § 248 in Verbindung mit § 296 so: Ist aus Mangel unterscheidender Merkmale das fremde Geld von dem eigenen des Empfängers nicht auszusondern, so wird zwar der Empfänger ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit seines Glaubens Eigenthümer des Geldes und behält dasselbe, es findet aber gegen den unredlichen Empfänger behufs der Ersatzleistung die rei vindicatio nach der Vorschrift in § 304 statt. Läßt sich die Aussonderung bewirken, so kann dieselbe von dem Eigenthümer des fremden Geldes mit der rei vindicatio gefordert werden, wenn sich der Erwerber im unredlichen Glauben befand, aber gegen den redlichen Erwerber ist

die Vindication auch in diesem Falle ausgeschlossen. Inwiefern er dem Eigenthümer Ersatz zu leisten habe, ist nach den Vorschriften des § 251 und bez. nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen.

---

§ 249. Eine Trennbarkeit der mehreren verbundenen oder vermischten Sachen ist anzunehmen, wenn sie sämmtlich in ihren ursprünglichen, wesentlichen Bestand wiederhergestellt werden können und der dazu erforderliche Aufwand den vierten Theil des Werthes des Ganzen nicht übersteigt.

In diesem § waren ursprünglich noch die Worte „und ohne Werthverminderung" enthalten. Man hat dieselben weggelassen, weil sie zu Chicanen benutzt werden können und weil auch Das, was darin liegen sollte, schon durch den Satz „in ihren ursprünglichen, wesentlichen Bestand" ausgedrückt wird. Es lassen sich, bei der Mannigfaltigkeit der concreten Fälle, keine alles erschöpfenden Merkmale für die Zulässigkeit einer Trennung aufstellen, es bleibt dieselbe immer eine, dem richterlichen Urtheile anheim zu gebende quaestio facti. Die Ansichten der Röm. Juristen über die Möglichkeit einer Trennung oder Aussonderung können, nach dermaligem Stande der Wissenschaft und Kunst, auch bei der Adjunction und der Vermengung trockener Körper, nicht unbedingt maßgebend sein. Daß die Möglichkeit einer rein physischen Trennung der verbundenen Gegenstände (Zerstückelung, Zerschlagung) nicht genügt, wird eben dadurch bezeichnet, daß die Trennung so auszuführen sein muß, daß keine der mit einander verbundenen Sachen in ihren ursprünglichen wesentlichen Bestandtheilen verändert erscheint. Dieser ursprüngliche Bestand ist derjenige, welchen die Sachen unmittelbar vor der Verbindung oder Vermischung gehabt haben, ohne Rücksicht darauf, in welches Verhältniß sie durch die bloße Verbindung oder Vermischung (im Gegensatze der Specification) zu einander getreten sind. Ein Aufgehen der Nebensache in der Hauptsache zu einem einheitlichen Ganzen — man denke an das Beispiel von der statua in der l. 23. §§ 2. 5 D. de R. V. — kann nach der Auffassung des B. G.-B. nicht unbedingt als ein Grund für die rechtliche Unmöglichkeit der Trennung angesehen werden. Ob bei einer Vermengung von Getreidekörnern derselben Gattung eine Sonderung möglich sei, läßt sich weder unbedingt bejahen, noch unbedingt verneinen; die Existenz besonderer Kennzeichen ist dabei ebenso wie beim Gelde nicht ausgeschlossen; Körner verschiedener Getreidegattungen lassen sich jederzeit von einander absondern, in beiden Fällen aber wird bei größeren Quantitäten meist der Schlußsatz des § Platz ergreifen.

---

§ 250. Ist es zweifelhaft, welche von den verbundenen Sachen die Hauptsache sei, so wird als Hauptsache diejenige angesehen, welche einen höheren Werth hat.

Motive. Von einer näheren Bestimmung der Begriffe: „Hauptsache" und „Nebensache" hat man im § abgesehen, weil dabei alles auf die concreten Fälle, welche sich sehr verschieden gestalten können, ankommt, daher die Aufstellung erschöpfender Merkmale unmöglich ist und die Entscheidung, wo es einer solchen bedarf, passender der richterlichen Beurtheilung überlassen bleibt. Es soll daher nach dem § nur im Zweifel angenommen werden, daß die Sache, welche von höherem Werthe ist, der anderen mit ihr verbundenen Sache gegenüber, als Hauptsache zu betrachten sei.

Der § bezieht sich nur auf den Fall der in § 247 behandelten Verbindung, und bestimmt ein Auskunftsmittel, wenn sich nicht auf andere Weise klar stellen läßt, welche Sache als die Hauptsache zu betrachten sei. In der letzteren Beziehung kann in Betracht kommen: Begriff und Gebrauchsbestimmung des Ganzen; Sitte und Gebrauch im Verkehr; Selbständigkeit der einen, Unselbständigkeit der anderen Sache u. s. f. Durch eine Verbindung oder Vermischung, bei welcher eine Trennung im Sinne des § 249 ausführbar ist, wird das Eigenthum an der fremden Sache nicht erworben und an der eigenen nicht verloren; der Eigenthümer der Hauptsache erlangt daher auch nicht einmal ein widerrufliches Eigenthum an der Nebensache. Die nach römischem Rechte als Vorbereitung zur Vindication dienende actio ad exhibendum[1] ist nach heutigem Rechte kein auch äußerlich hervortretender Act, kommt vielmehr in der Regel nur in Verbindung mit der rei vindicatio vor, vergl. die Bemerkungen zu § 311.

---

§ 251. Wenn die Verbindung oder Vermischung durch Zufall geschehen oder von einem der Betheiligten im redlichen Glauben bewirkt worden ist, so hat der Erwerber der fremden Sache, soweit er bereichert ist, dem vorigen Eigenthümer Ersatz zu leisten. Hat einer der Betheiligten wissentlich die fremde Sache mit der seinigen verbunden oder vermischt und erwirbt er dadurch die fremde Sache, so ist er dem Eigenthümer derselben zum vollen Ersatze verbunden; verliert er dadurch sein Eigenthum an den Anderen, so hat er gegen Letzteren nur Anspruch auf Ersatz, soweit die Verbindung oder Vermischung als nothwendige Verwendung anzusehen ist.

Motive. Zu diesem § ist zu erwähnen, daß der Entschädigungsberechtigte mit seinem Anspruche in keinem Falle blos auf ein Retentionsrecht verwiesen ist, sondern sein Recht auch durch eine selbständige Klage verfolgen kann. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß, wenn ein Dritter zu der Verbindung oder Vermischung Veranlassung gegeben hat, dieser nach den Regeln über Schadenersatz haftet.

Zu diesem §, welcher zugleich über die Frage entscheidet, ob und in wie fern bei einer zufälligen Verbindung oder Vermischung der Verlierende vom Gewinnenden Entschädigung fordern könne, ist noch Folgendes zu bemerken. Nach den vorhergehenden §§ tritt nur in dem, § 247 gedachten Falle, wo der Eigenthümer der Hauptsache das Eigenthum der Nebensache wegen untrennbarer Verbindung erwirbt, ein Eigenthumswechsel ein, während in allen anderen Fällen durch Verbindung oder Vermischung nur ein Miteigenthum aller Betheiligten an dem Ganzen nach ideellen, den Werthen der verbundenen oder vermischten Stücken entsprechenden Theilen entstehen kann. Durch die Fassung des §, welcher die „Verbindung" ganz allgemein und daneben auch die „Vermischung", bei der nie mehr als Miteigenthum entstehen kann, erwähnt, ist anerkannt, daß auch beim Eintritt eines Miteigenthumes Entschädigungsansprüche vorkommen können, welche nach den im § aufgestellten Regeln zu beurtheilen sind, und zwar mit Recht. Denn auch in diesen Fällen ist Verlust und Erwerb von Eigenthum vorhanden, insofern das ursprüngliche Alleineigenthum an der einzelnen Sache aufhört und an dessen Stelle ein ideelles Miteigenthum am Ganzen entsteht und es läßt sich wohl

---

1. l. 23. § 5. D. de R. V. l. l. 1. 2. 6. D. ad exhib.

denken, daß dadurch dem Eigenthümer der einzelnen Sache ein Verlust bereitet wird, welcher durch den Erwerb des Miteigenthums nicht ausgeglichen ist, wie z. B. bei dem Zusammengießen verschiedener Weine von ungleicher Qualität. Nach den im § gegebenen Regeln ist die Entschädigungsfrage auch dann ohne Schwierigkeit zu lösen, wenn mehr als zwei Personen betheiligt sind. Hat z. B. von drei Personen, deren Sachen mit einander verbunden sind, der eine A. als Eigenthümer der Hauptsache das Eigenthum an den Sachen der beiden anderen B. und C. erworben und ist die Verbindung zufällig oder von einem dieser drei Betheiligten im redlichen Glauben vorgenommen worden, so hat der A. dem B. und C. Ersatz zu leisten, soweit er bereichert worden ist; hat er die Verbindung selbst im unredlichen Glauben vorgenommen, so muß er denselben vollen Schadenersatz leisten. Ist aber die Verbindung von dem Betheiligten B. ausgegangen, welcher sein Eigenthum verliert, so richtet sich der Anspruch des Letzteren gegen den Erwerber A. nach den Regeln im ersten oder dritten Satze des §, der dritte Betheiligte C. dagegen hat, weil die Verbindung für ihn als etwas Zufälliges angesehen werden muß, gegen den in bona fide befindlichen Erwerber den im ersten Satze gedachten, und gegen den B., wenn derselbe die Verbindung im unredlichen Glauben bewirkt hat, einen Anspruch auf Schadenersatz, welcher gegen den unredlichen Betheiligten mittelst der rei vindicatio contra eum, qui dolo possidere desiit geltend zu machen ist. Nach gleichen Grundsätzen ist zu verfahren, wenn bei einer größeren Anzahl von Personen ein Miteigenthum durch Verbindung oder Vermischung entstanden ist. Wenn übrigens, in Berücksichtigung des Umstandes, daß die den Eigenthumserwerb betreffenden Bestimmungen der §§ 247 folg. auch dann eintreten, wenn die Verbindung oder Vermischung von einer dritten Person ohne Vorwissen und Genehmigung der Betheiligten veranlaßt worden ist, die Motive bemerken, daß dieser Dritte nach den Regeln vom Schadenersatz hafte, so ist dadurch immer nicht ausgeschlossen, daß daneben unter den Betheiligten selbst eine Entschädigungspflicht in dem im ersten Satze des § angezeigten Umfange besteht, da eine solche Verbindung oder Vermischung den Betheiligten gegenüber als eine zufällige (vergl. § 126) zu behandeln ist.

---

§ 252. Wer eine fremde Sache für sich dadurch verwendet, daß er darauf schreibt, zeichnet, druckt, malt, oder sonst Schriften oder Bilder bringt, erwirbt das Eigenthum daran, ausgenommen wenn das Erzeugniß seiner Thätigkeit zu der Sache in einem untergeordneten Verhältnisse steht. Dem vorigen Eigenthümer der fremden Sache hat deren Erwerber, wenn er im redlichen Glauben handelte, Ersatz, soweit er bereichert ist, wenn er im unredlichen Glauben handelte, vollen Ersatz zu leisten.

Motive. Angehend diesen §, so hat man in Beziehung auf die hier in Frage stehende scriptura, pictura u. s. w. es in der Hauptsache bei dem bisherigen Rechte gelassen. Namentlich hat man Bedenken getragen, bei dieser Lehre von dem Satze auszugehen, daß, wenn der Stoff, auf welchen geschrieben u. s. w. worden, seiner Natur nach zu diesem Gebrauche bestimmt sei, der Scribent ꝛc. Eigenthümer werde, im Gegentheile aber der Eigenthümer des Stoffes denselben nebst der Scriptur u. s. w. behalte, weil man, zumal es Stoffe giebt, von welchen sich gar nicht behaupten läßt, sie seien ihrer Natur nach dazu bestimmt, daß darauf geschrieben oder gemalt werde, und welche dennoch eine solche Verwendung erfahren, durch diese Regel nicht blos die vorhandenen Zweifel nicht zu heben hoffte, sondern sogar noch neue Zweifel herbeizuführen befürchtete.

In diesem § wird, wie bei der Specification, kein Gewicht auf die Zurückführbarkeit der beschriebenen, bemalten &c. Stoffe gelegt, was für die Eigenthumsfrage bei Daguerreotypbildern in so fern von Einfluß ist, als diese nicht, wie gewöhnlich geschieht (vergl. Archiv für civilistische Praxis Bd. 26, S. 212—218; Pagenstecher a. a. O., S. 154), durch eine Beziehung darauf, daß das Bild sich wieder vertilgen und die Platte sich in ihren früheren Zustand zurückführen läßt, entschieden werden kann.

Schriftliche und bildliche Darstellungen auf fremdem Stoffe lassen sich aus dem Gesichtspunkte der Adjunction und der Specification betrachten. Man hat jedoch bei der Abfassung des B. G.-B. es vorgezogen, dieselben besonders zu behandeln. Nach dem § ist der Unterschied, welcher gemeinrechtlich[1] zwischen Schrift und Bild bestand, gänzlich aufgegeben und in Bezug auf Beides der gleiche Grundsatz angenommen worden, daß sich die Eigenthumsfrage nach dem Werthverhältnisse des Stoffes zur Schrift oder bildlichen Darstellung regelt. Bei gleichem Werthe würde nach dem § der Schreiber oder Maler das Eigenthum am fremden Material erwerben.

Bei der ganz allgemeinen Fassung des §: „Wer eine fremde Sache für sich[2] dadurch verwendet, daß er darauf schreibt, zeichnet, druckt, malt oder sonst Schriften oder Bilder bringt", fallen unter die Vorschriften desselben alle, durch irgend welche Mittel auf einer fremden Sache hervorgebrachten, schriftlichen oder bildlichen Darstellungen. Es gehören also dahin auch solche bildliche Darstellungen, welche auf Stein-, Holz- oder Metallplatten gezeichnet, eingravirt oder eingeätzt und durch Abdruck vervielfältigt werden, und die sog. Photographieen, Daguerreotypen und ähnliche Kunsterzeugnisse der Neuzeit. Da nach dem §, wie die Motive besonders hervorheben, kein Gewicht auf die Zurückführbarkeit der beschriebenen, bemalten u. s. w. Stoffe in ihre frühere Gestalt und Beschaffenheit gelegt worden ist, so entscheidet sich bei den eben erwähnten Erzeugnissen die Frage, ob der Verfertiger oder Künstler das Eigenthum an dem Steine, der Platte u. s. w. erwerbe, ebenfalls nach dem Werthe der Platte im Verhältnisse zu dem Werthe des Erzeugnisses, welches darauf hervorgebracht worden ist. Obschon also z. B. bei der auf einem Lithographiesteine entworfenen Zeichnung die Füglichkeit, dieselbe ohne Schwierigkeit und ohne Nachtheil für den Stein zu löschen, in Betreff des Eigenthumserwerbes nicht maßgebend werden kann, so kann doch in diesem und in ähnlichen Fällen der etwa nur vorübergehende Zweck der Zeichnung unter Umständen auf die Werthbestimmung des Erzeugnisses Einfluß äußern. Uebrigens kann der § bei Lithographieen, Kupferstichen &c. in zwiefacher Beziehung zur Anwendung gelangen, einmal in Bezug auf den Stein, die Platte, worauf das zum Abzug oder Abdruck bestimmte Bild erzeugt, und dann in Bezug auf den Stoff, auf welchem das Bild wiedergegeben wird. Endlich erwähnt der § nur die Entschädigungsansprüche, welche der Eigenthümer der Sache gegen den Schreiber, Zeichner u. s. w. erheben kann, wenn dieser das Eigenthum an jener erwirbt; im umgekehrten Falle würde man die Frage, ob der Schreiber, Zeichner u. s. w. für seine Arbeit, oder vielleicht auch der Eigenthümer des Stoffes für eine Werthsverminderung des letzteren eine Entschädigung beanspruchen könne, nach allgemeinen Grundsätzen über Schadenersatz oder, wenn sich die Umstände dazu eignen, nach Analogie des § 251 zu beurtheilen haben.

---

1. §§ 33. 34. J. de rer. div.
2. Hinsichtlich dieser Worte ist auf die Motive und Bemerkungen zu § 246 zu verweisen.

V. Uebergabe.

§ 253. Durch Uebergabe wird das Eigenthum einer beweglichen Sache erworben, wenn der Besitz derselben in der Absicht, Eigenthum zu übertragen, übergeben wird.

Motive. Dieser und die folgenden §§ behandeln die Lehre von der Erwerbung des Eigenthumes an beweglichen Sachen durch Tradition. Das Gesetzbuch ist in dieser Lehre in manchen Beziehungen von den gangbaren Ansichten abgewichen und deshalb machen sich nachstehende Bemerkungen nöthig.

In diesem § wird die sog. justa causa traditionis nicht als besondere Voraussetzung des Eigenthumsüberganges durch Tradition erwähnt, vielmehr die bloße Erklärung des Willens, Eigenthum zu übertragen, beziehendlich auf sich übertragen zu lassen, für genügend angesehen. Man ist dabei von der Vorstellung ausgegangen, daß ein Rechtsgeschäft nur als Mittel zu betrachten ist, den angegebenen Willen zu erkennen zu geben, dieß aber eben so gut und mit demselben Erfolge durch facta concludentia, z. B. bei der Schenkung, welche durch sofortige Uebergabe des geschenkten Gegenstandes erfolgt, geschehen kann. Auch schon das Röm. Recht geht von der Ansicht aus, daß selbst da, wo keine justa causa, oder auch gar keine causa vorliegt, durch Tradition Eigenthum erworben werden kann, sobald nur der oben angegebene Wille vorhanden ist, indem es in den Fällen einer indebite oder ex injusta vel turpi causa, oder ob causam, oder auch sine causa erfolgten Leistung den Gegenstand derselben zwar zu condiciren, nicht aber auch zu vindiciren gestattet, eben weil der Inhaber durch die indebite ꝛc. erfolgte Uebergabe Eigenthümer geworden ist. Derselbe, nur durch diese Annahme sich erklärende, Fall tritt auch ein, wenn die Tradition unter Verhältnissen stattgefunden hat, wo jeder der beiden Interessenten ein anderes Rechtsgeschäft als causa traditionis im Sinne hat, vorausgesetzt, daß jedes der dabei in Frage kommenden Rechtsgeschäfte zur Eigenthumsübertragung an der, den Gegenstand derselben bildenden, Sache geeignet ist, z. B. wenn Geld in der Absicht zu schenken gegeben, von dem Empfänger aber in der Meinung, daß er ein Darlehn empfange, angenommen worden ist. Das Wesen des Eigenthumsüberganges wird hiernach nur dann getroffen, wenn man es auf den übereinstimmenden Willen beider Interessenten, Eigenthum zu übertragen und zu erwerben, setzt; Rechtsgeschäfte sind blos einzelne Beispiele davon. Der gewöhnlichen Meinung, daß zum Eigenthumserwerbe durch Tradition eine causa traditionis gehöre, liegt eine Vermischung des Erforderniſſes übereinstimmender, auf Eigenthumsübertragung gehender Willensrichtungen der Interessenten mit der in die Lehre von den Condictionen gehörigen Frage zu Grunde, ob und aus welchen Gründen das Resultat dieser Willensrichtung, die Eigenthumsübertragung, rückgängig gemacht werden kann.

Das in seinen Folgesätzen, namentlich auch für die Lehre von den Condictionen und von der auflösenden Bedingung wichtige Princip ist das, daß die Tradition beweglicher Sachen — bei unbeweglichen finden wegen des Ingrossationssystems andere Grundsätze Anwendung — ein für sich bestehendes Rechtsgeschäft ist, bei welchem der dem Acte der Uebergabe zu Grunde liegende Wille, Eigenthum zu übertragen und zu erwerben, das entscheidende Moment ausmacht. Ganz verschieden davon ist dasjenige Rechtsgeschäft, welches auf die Eigenthumsübertragung durch Tradition gerichtet ist; dieses

kann als Motiv der Tradition in Frage kommen, wenn es sich darum handelt, ob das durch Tradition übertragene Eigenthum widerrufen werden kann; aber die Wirksamkeit der Tradition selbst hängt nicht von dem Rechtsgeschäfte ab, zu dessen Ausführung dieselbe dienen sollte. Die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit dieses Rechtsgeschäftes verhindert daher den Uebergang des Eigenthumes durch die Tradition nicht, wenn die in § 254 gedachten Erfordernisse vorhanden sind. Man hat namentlich dabei den Unterschied zwischen der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgrundes zur Tradition und der Nichtigkeit der Veräußerung, also der Tradition selbst zu berücksichtigen. Die Nichtigkeit der letzteren kann ihren Grund im Mangel der Handlungsfähigkeit der Betheiligten, Irrthum in Bezug auf die Person oder die Identität der Sache, in dem Mangel der Befugniß, das Eigenthum zu übertragen, oder auch in dem Bestehen eines Veräußerungsverbotes (§ 223) haben. (Man vergl. Siebenhaar a. a. O. S. 377 folg.)

---

§ 254. Die Eigenthumserwerbung durch Uebergabe setzt voraus, daß der Uebergebende handlungsfähig ist, daß er das Eigenthum der Sache hat oder später erwirbt oder sonst aus einem Rechtsgrunde zu der Veräußerung befugt ist, ferner, daß der Besitz in der Absicht, Eigenthum zu übertragen und zu erlangen, übergeben und empfangen wird, oder ein der Uebergabe gleichstehender Fall vorliegt. Erwirbt der Uebergebende erst nach der Uebergabe das Eigenthum, so geht dasselbe vom Zeitpunkte dieser Erwerbung an auf den Empfänger über.

Motive. In diesem § hat man unter den Worten: „oder sonst aus einem Rechtsgrunde zu der Veräußerung berechtigt ist“ unter anderen auch den Pfandgläubiger als einen solchen, welcher durch Uebergabe Eigenthum zu übertragen vermag, begriffen. Die Worte: „ein der Uebergabe gleichstehender Fall“ beziehen sich auf die Fälle, in welchen nach §§ 210. 211 des Entwurfs (§§ 200. 201 des B. G.-B.) eine traditio brevi manu und ein constitutum possessorium anzunehmen ist.

Hervorzuheben ist die Bestimmung des §, daß, wenn der Uebergebende das Eigenthum an der übergebenen Sache erst nach der Uebergabe erworben hat, dasselbe von diesem Zeitpunkte an auf den Empfänger übergeht, wodurch eine diesen Fall betreffende gemeinrechtliche Streitfrage entschieden worden ist[1]. Mit den Worten „oder sonst aus einem Rechtsgrunde zu der Veräußerung befugt ist“ wird auch die Stellvertretung getroffen, welche bei der Uebergabe, und zwar auf beiden Seiten, zulässig und nach den Vorschriften in §§ 202. 203 und beziehendlich 788 zu beurtheilen ist[2]. Nicht besonders ist der Fall erwähnt, wenn eine vom Nichteigenthümer ausgegangene Eigenthumsübertragung vom Eigenthümer ratihabirt worden ist. Es wird anzunehmen sein, daß solchenfalls das Eigenthum von dem Zeitpunkte an auf den Empfänger übergeht, wo jener die Genehmigung ertheilt hat. Denn alsdann liegt der beiderseitige

---

1. Ob nämlich in diesem Falle der Empfänger nur die publizische Klage, und eine exceptio oder replica rei traditae gegen den Uebertragenden und beziehendlich gegen Dritte habe.

2. Bei einem Auftrage wäre erforderlich, daß derselbe auch auf die Uebergabe selbst gerichtet wäre. So würde Demjenigen, welcher Auftrag zum Verkaufe seiner Sache gegeben, jedoch bestimmt hätte, es solle der Beauftragte nur gegen baare Zahlung übergeben, nicht die exceptio rei venditae et traditae opponirt werden können, wenn der Beauftragte vor der Zahlung des Kaufpreises tradirt hätte (l. 1. § 2. D. de except. rei vend.).

Wille der Eigenthumsübertragung vor und einer nochmaligen Uebergabe bedarf es dabei es dabei nicht, weil der Empfänger bereits im Besitze der übergebenen Sache sich befindet. Man vergl. die Bemerkungen zu § 200.

---

§ 255. Hat ein Rechtsgeschäft die Begründung einer Gemeinschaft an dem ganzen Vermögen einer Person zum Gegenstande, so entsteht das Miteigenthum an den dazu gehörigen beweglichen Sachen mit dem Rechtsgeschäfte, ohne daß es einer Uebergabe des Besitzes derselben bedarf.

Motive. Dieser § stimmt mit unserem bisherigen Rechte (l. 1 § 1 D. pro socio) überein.

Der § würde bei dem in § 1389 erwähnten, das ganze gegenwärtige (und künftige) Vermögen der Gesellschafter betreffenden Gesellschaftsvertrage, und bei der Verabredung einer allgemeinen Gütergemeinschaft zwischen Ehegatten (§ 1695) zur Anwendung gelangen können.

---

§ 256. Irrthum über die Art des Geschäfts hindert den Uebergang des Eigenthums nicht, wenn Uebereinstimmung darüber vorhanden ist, daß Eigenthum übergehen soll.

Motive. Die Bestimmung dieses § bezieht sich insbesondere auf den bereits erwähnten Fall, wo der Eine in der Absicht zu schenken übergiebt, der Andere in dem Glauben, ein Darlehn zu erhalten, annimmt. In diesem Falle trifft die Absicht beider Interessenten darin zusammen, daß Eigenthum übertragen und erworben werden soll, es hindert also der Irrthum über die Art des Rechtsgeschäftes, in Folge dessen die Tradition erfolgt, den Uebergang des Eigenthumes nicht. Soviel die Frage betrifft, ob, wenn über eine bewegliche Sache von dem Eigenthümer successive mit Mehreren Veräußerungsverträge abgeschlossen werden und Derjenige, der sie übergeben erhält, weiß, daß einem Anderen aus einem früher abgeschlossenen Vertrage ein Recht auf die Sache zustehe, der Eigenthumsübergang wegen mala fides des Erwerbers gehindert werde, so ist dieselbe zu verneinen, weil, selbst abgesehen davon, ob von dem bloßen Wissen um das Recht des Dritten sich auf einen dolus schließen läßt, bei Bestimmung der Wirkungen der Tradition selbst dem dolus des Accipienten keine Wirkung beizulegen ist. In wie weit der Erwerber in dem angegebenen Falle zur Schadloshaltung verpflichtet werde, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen.

Endlich bedarf es wohl nicht erst der Bemerkung, daß die Tradition auch durch Stellvertreter erfolgen kann. Wird einem Stellvertreter mit der Absicht tradirt, daß dem von diesem Vertretenen tradirt sein soll, so erwirbt der Vertretene, obschon dessen Vertreter für sich das Eigenthum zu erwerben beabsichtigt.

Den Motiven ist nur Folgendes noch beizufügen: Der Entwurf (§ 267) enthielt im Eingange den Satz „Liegt der Uebergabe ein nichtiges Rechtsgeschäft zu Grunde, so bewirkt sie keinen Uebergang des Eigenthums". Dieser Satz ist auf Antrag der ständischen Deputationen entfernt worden, weil, soweit sich derselbe auf die Nichtigkeit der von einem Handlungsunfähigen vorgenommenen Uebergabe beziehe, das Nöthige darüber schon in §§ 264. 265 des Entwurfs (§§ 253. 254 des B. G.-B.) enthalten sei, wogegen derselbe

in seiner Allgemeinheit mit den Grundsätzen über die Condictionen nicht im Einklang stehe; die Uebergabe einer beweglichen Sache, welcher ein nichtiges Rechtsgeschäft zu Grunde liege, solle nicht zu einer Vindication, sondern nur zu einer Klage gegen den Empfänger berechtigen (Dep.-Ber. der I. Kammer, Beilagen z. 2. Abth. Bd. 1, S. 571 und Dep.-Ber. der II. Kammer, Beilagen z. 3. Abth. Bd. 3, S. 792). Hierbei darf jedoch, wie schon zu § 254 bemerkt worden ist, der Fall, wenn aus einem nichtigen Rechtsgeschäfte eine Sache übergeben worden ist, nicht mit dem Falle identificirt werden, wo die Veräußerung überhaupt, also auch die Uebergabe selbst vermöge eines Veräußerungsverbotes nichtig ist. Die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäftes verhindert, wenn die in § 254 erwähnten Voraussetzungen vorhanden sind, den Uebergang des Eigenthums an beweglichen Sachen auf den Empfänger nicht, und die Klage, welche dem bisherigen Eigenthümer gegen seinen Mitcontrahenten zusteht, ist in beiden Fällen, der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit, eine persönliche, worüber in §§ 850. 1547 das Nähere bestimmt ist. Die dem bisherigen Eigenthümer wegen Zurückgabe der Sache gegen den Dritten zustehende Klage ist ebenfalls, und zwar auch im Falle der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes, eine actio in personam, welche entweder in einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, wie bei der actio quod metus causa (vergl. §§ 850. 1502)[1], oder in der Mitwissenschaft und dem dolus des Dritten, also in dessen eigener obligatorischen Handlung ihren Grund hat.

Ist die Eigenthumsübertragung selbst nichtig, wie namentlich auch in den Fällen, wo der Veräußerung ein Veräußerungsverbot entgegenstand, welches nach § 223 die Nichtigkeit der verbotswidrigen Veräußerung nach sich zieht, so hat bei beweglichen Sachen der bisherige Eigenthümer seinem Mitcontrahenten gegenüber die Wahl zwischen der persönlichen, auf der Nichtigkeit des Vertrages (vergl. §§ 793. 794) beruhenden Klage und der Vindication oder publicianischen Klage, während ihm gegen den Dritten, sofern nicht in der Person desselben besondere Verpflichtungsgründe hinzugetreten sind, nur die Eigenthumsklagen zustehen.

Anders gestaltet sich, um dieß des Zusammenhangs wegen sogleich hier mit zu erörtern, die Klage, wenn die Veräußerung eines Grundstückes nichtiger Weise erfolgt ist. Nach dem Ingrossationssystem (vergl. die Bemerkungen zu § 276) geht das Eigenthum Desjenigen, welcher bisher als Eigenthümer eines Grundstückes im Grundbuche eingetragen war, durch die Eintragung eines anderen Eigenthümers verloren, und der erstere befindet sich daher nicht mehr in der Lage, die Eigenthumsklage des § 302 anzustellen. Gleichwohl ist die Klage, vermittelst deren nach § 278 die Löschung einer nichtigen Eigenthumsübertragung im Grundbuche gefordert werden kann, als eine actio in rem zu bezeichnen, weil sie aus dem, wenigstens materiell noch fortwirkenden Eigenthume des Klägers ihre Begründung herleitet. Es wird auch in § 278 nicht ein neuer, sondern nur die Löschung des nichtigerweise bewirkten Eintrages verlangt, um das formell verlorene Eigenthum wiederherzustellen. Beschränkt ist aber diese actio in rem durch die Oeffentlichkeit der Grundbücher, weil sie gegen dritte Erwerber, welche als solche in das Grundbuch bereits eingetragen worden sind, nur dann mit Erfolg angestellt werden kann, wenn sich die Dritten zur Zeit ihrer Eintragung im unredlichen Glauben befunden d. h. von der Nichtigkeit der Veräußerung Kenntniß gehabt haben.

In Fällen, wo die Eintragung blos auf Grund eines nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgeschäftes geschehen ist, ist die Klage auf Löschung gegen den Mitcontrahenten

---

1. Bemerkenswerth ist bei dieser Klage die Vorschrift des § 778. Nach Maßgabe der letzteren würde der im guten Glauben befindliche Dritte, wie nach römischem Rechte (l. 3 C. quod met. c.) nur gegen Erstattung des Kaufpreises zur Herausgabe der Sache verbunden sein.

und den Dritten, wo sie nach § 278 gegen diesen statthaft ist, als actio in personam aufzufassen. Uebrigens vergl. man über die Vindication bei Veräußerungsverboten die Bemerkungen zu § 223.

VI. Erwerbung durch richterliche Entscheidung.

§ 257. Wird bei einer Theilung im Miteigenthume befindlicher Sachen durch richterliche Entscheidung Eigenthum zugesprochen, so geht dasselbe mit der Rechtskraft der Entscheidung über.

Motive. In diesem und dem folgenden § hat blos im Allgemeinen der Zeitpunkt, mit welchem Eigenthum durch rechtskräftige Entscheidung übergeht, bestimmt werden sollen. Soviel die speciellen Fälle der Verwirkung des Eigenthumes zur Strafe betrifft, so richtet sich die Frage, ob schon mit der Contravention oder erst mit der Beschlagnahme, oder gar erst mit der Rechtskraft des auf Confiscation der Sache sprechenden Erkenntnisses das Eigenthum verwirkt werde, natürlich zunächst nach den darüber vorhandenen Gesetzen des öffentlichen Rechts.

Das Eigenthum kann in verschiedener Beziehung Gegenstand richterlicher Entscheidung werden; es kann dadurch ein bereits erworbenes Eigenthum zur formalen Anerkennung gebracht, ein Anspruch auf Eigenthumsübertragung festgestellt, aber auch Eigenthum unmittelbar verliehen werden; in Betreff des Eigenthums an beweglichen Sachen kommt hier die richterliche Entscheidung nur in so fern in Betracht, als sie, beim iudicium divisorium und in den § 258 gedachten Fällen den eigentlichen Erwerbsgrund bildet, wo es der richterlichen Sentenz bedarf, um das — beziehendlich ausschließliche — Eigenthum zu erlangen. Nach § 341 des B. G.-B. kann infolge der Theilungsklage sowohl eine natürliche Theilung der gemeinschaftlichen Sachen stattfinden, als dem Einen oder dem Anderen der Miteigenthümer die Sache — gegen Abfindung — ganz zugesprochen werden. In diesen Fällen ist der § 257 anwendbar; mit der Rechtskraft des Erkenntnisses geht die Sache oder der Theil, welcher dem Miteigenthümer zugesprochen worden ist, ohne den Act der Uebergabe in das ausschließliche Eigenthum Desjenigen, dem sie zugetheilt worden, über.

---

§ 258. Wird auf Verlust einer beweglichen Sache im Strafverfahren erkannt, so erwirbt Derjenige, welchem die Sache zufällt, das Eigenthum derselben mit der Rechtskraft der Entscheidung. Spricht das Gesetz den Verlust des Eigenthums als unmittelbare Folge einer Handlung aus, so erwirbt der Staat das Eigenthum von der Zeit der Handlung an.

In Anschluß an die obigen Motive ist hier nur noch darauf hinzuweisen, daß die Worte „welchem die Sache zufällt" gewählt worden sind, weil der Verlust ebensowohl einen Eigenthumserwerb für Privatpersonen, als für den Staat begründen kann[1]. Nur wenn das Gesetz den Verlust des Eigenthums als unmittelbare Folge einer Handlung ausspricht, soll der Staat das Eigenthum von Zeit der Handlung an erwerben.

1. Vergl. z. B. § 24 des Gesetzes, die Forst- 2c. Diebstähle betr. vom 11. August 1855.

VII. Erbfolge, Vermächtniß und Anwartschaft.

§ 259. Eine bewegliche Sache, welche Eigenthum des Erblassers war, geht auf Denjenigen, welchem sie durch Erbfolge, Vermächtniß oder Anwartschaft zufällt, ohne Weiteres eigenthümlich über.

Motive. Das Nähere über den Uebergang des Eigenthumes durch Erbfolge, Vermächtniß und Anwartschaft findet sich im Erbrechte bei den betreffenden Materien, z. B. §§ 2316 folg., 2460 folg., 2485 folg., 2541 folg. des Entwurfs (§§ 2281. 2426. 2451. 2507 folg. des B. G.-B.). Eines Zusatzes zu diesem §, durch welchen dem Testator das Recht, etwas Anderes bestimmen zu können, gewahrt worden wäre, bedurfte es nicht, weil sich dieß von selbst versteht, wie denn in dem Erbrechte bei Auslegung der getroffenen testamentarischen Anordnungen der Wille des Erblassers vor allen anderen entscheidend sein muß. Hier kam es lediglich darauf an, unter den modis adquirendi dominii auch die Erbfolge, das Vermächtniß und die Anwartschaft des Systemes und der Vollständigkeit wegen mit zu erwähnen.

Die Worte „ohne Weiteres" oder wie es im Entwurfe hieß „von selbst" sollen nur bezeichnen, daß es zur Erwerbung des Eigenthums an beweglichen Sachen in den im § bezeichneten Fällen keiner weiteren Handlung der Betheiligten bedarf. Dagegen ist die Zeit, wann dieser Uebergang an die Erben, Legatare oder Anwärter erfolgt, nicht hier, sondern im Erbrechte zu bestimmen, und nach den dort einschlagenden Bestimmungen des B. G.-B. zu beurtheilen.

VIII. Ersitzung.

§ 260. Der redliche Besitzer einer beweglichen Sache erwirbt das Eigenthum derselben durch Ersitzung, wenn er den Besitz der Sache dreißig Jahre fortgesetzt hat.

Motive. Dieser und die folgenden §§ beziehen sich blos auf die Ersitzung (sog. erwerbende Verjährung) beweglicher Sachen. Bei Grundstücken und diesen gleichgestellten Berechtigungen, ingleichen bei Reallasten, sowie bei dem Nießbrauche und dem Gebrauche an Immobilien ist wegen des bei denselben geltenden Ingrossationssystemes jede Ersitzung ausgeschlossen. Von der Ersitzung der Grunddienstbarkeiten wird in der Lehre von den Dienstbarkeiten gehandelt.

Im Allgemeinen bemerkt man, daß das Gesetzbuch eine doppelte Art der Ersitzung beweglicher Sachen statuirt, nämlich erstens eine dreijährige mit redlichem Besitze und rechtmäßigem Titel und zweitens eine dreißigjährige mit bloßem redlichem Besitze.

Aus dem zweiten und dritten Satze des § 201 des Entwurfs (§ 191 des B. G.-B.) folgt für den obigen §, daß Derjenige, welcher eine fremde bewegliche Sache, rücksichtlich deren er sich in conditione usucapiendi befindet, mit einer anderen Sache — gleichviel ob eigenen oder fremden, die aber mit der ersteren besessen wird — in der im zweiten Satze des § 201 des Entwurfs (§ 191 des B. G.-B.) angegebenen Weise verbindet, auch während der Dauer dieser Verbindung den Usucapionsbesitz der ersteren fortsetzen und die Usucapion in dieser Zwischenzeit als eingetre-

ten zu betrachten sein kann, so wie daß nach Auflösung der Verbindung der Usucapionsbesitz fortdauert, wenn die Ersitzung bis dahin nicht etwa bereits vollendet ist.

In Beziehung auf die Dauer der in diesem § erwähnten Ersitzung sine titulo und der im folgenden § bezeichneten Ersitzung cum titulo hat man zu bemerken, daß man die gegenwärtige einjährige Usucapionsdauer für zu kurz gehalten und dafür bei der Ersitzung cum titulo nach Analogie der sog. kurzen Verjährung der Forderungen eine dreijährige und bei der Ersitzung sine titulo, welche an sich eine selten vorkommende, specielle Ausnahme bildet, die außerordentliche dreißigjährige Dauer substituirt hat.

In Bezug auf die leitenden Grundsätze, welche das B. G.-B. in Betreff der Verjährung und deren Behandlung im Systeme des bürgerlichen Rechtes befolgt hat, ist auf das zu § 150 (S. 181) Gesagte zu verweisen, und hier nur noch darauf aufmerksam zu machen, daß an die Stelle der bisherigen Fristen von beziehungsweise einem Jahre sechs Wochen und drei Tagen und einunddreißig Jahren sechs Wochen und drei Tagen[1] die gemeinrechtlichen Zeiträume von drei und bez. dreißig Jahren angenommen worden sind. In Bezug auf die Berechnung der Zeiträume gelten die Bestimmungen in §§ 82 folg. Durch die in § 191 über die Fortsetzung des Besitzes der zu einem Ganzen verbundenen Sachen während und nach Auflösung der Verbindung, ist eine für die Usucapion einflußreiche Frage entschieden worden.[2] Es ist hierbei zu erwähnen, daß die Vorschrift des § 191 in ihrer Anwendung auf die Usucapion nicht auf eine solche Verbindung beweglicher Sachen bezogen werden darf, welche nach den Bestimmungen des B. G.-B. als Specification oder Adjunction einen Eigenthumserwerb begründet. Außer derartigen Fällen wird aber ohne Unterschied, ob die fremde Sache mit der eigenen, oder ebenfalls mit einer fremden Sache verbunden worden ist, der Besitz der einzelnen Sache in dem Ganzen und nach Auflösung des Verbandes in der einzelnen Sache fortgesetzt. Es folgt hieraus, daß sowohl in dem Falle, wenn die Ersitzungszeit während der Verbindung, als auch dann, wenn sie nach deren Auflösung abgelaufen, der im Ganzen, beziehendlich einzeln fortgesetzte Besitz beim Hinzutritt der übrigen Erfordernisse der Ersitzung, Eigenthum an der Sache begründet. Ein Fall der hier vorausgesetzten Verbindung beweglicher Sachen zu einem Ganzen ist z. B. der, wenn Jemand, der sich im rechtmäßigen und redlichen Besitze fremder Steine befindet, diese Steine in einen Ring einsetzt, so daß sie aus demselben jederzeit wieder herausgenommen werden können.

---

§ 261. Ist der redliche Besitzer einer beweglichen Sache zugleich rechtmäßiger Besitzer und hat er den Besitz auf fehlerfreie Weise erlangt, so erwirbt er das Eigenthum, wenn er den Besitz drei Jahre fortgesetzt hat.

Motive. In diesem § hat man blos einen allgemeinen Satz aufgestellt, welcher für die Beantwortung der Frage, was als Ersitzungstitel zu betrachten sei, die Grundlage abgeben soll, wogegen man von einer Aufzählung der einzelnen Titel der Ersitzung um so mehr absehen zu können geglaubt, als auch schon in den Pandecten die einzelnen Titel nur exemplicative und keineswegs in der Absicht, eine geschlossene Anzahl derselben aufzustellen, erwähnt werden. Ueber den sog. titulus pro herede, welcher wegen seiner Eigenthümlichkeiten und wegen der

1. Haubold a. a. O. § 185.
2. Vergl. hierzu die Bemerkungen zu § 191 des B. G.-B.

rücksichtlich seiner Bedeutung und seines Umfanges herrschenden Meinungsverschiedenheiten einer besonderen Erwähnung bedurfte, wird zu §§ 281. 282 des Entwurfs (§§ 270. 271 des B. G.-B.) das Nöthige gesagt werden. Hier hat man nur noch darauf aufmerksam zu machen, daß, wie zu § 280 des Entwurfs (§ 269 des B. G.-B.) noch näher nachzuweisen sein wird, der sog. titulus putativus aus der Reihe der statthaften Ersitzungstitel ausfällt.

Während das gemeine Recht auch objective Fehler des Usucapionsbesitzes berücksichtigt, z. B. der res furtivae (man vergl. Sintenis a. a. O., S. 507, not. 46—51) und dieß auch, wiewohl nicht ganz unbestritten (man vergl. Haubold, Lehrbuch des Sächs. Privatrechtes § 185, not. d.), noch gegenwärtig in Sachsen gilt, faßt das Gesetzbuch die vitia possessionis lediglich subjectiv auf, indem es die mala fides als ein die Usucapion nur in Bezug auf Denjenigen, welcher die Sache fehlerhaft erworben hat, aufhebendes Hinderniß betrachtet.

Durch die Worte: „auf fehlerfreie Weise" wird die Meinung ausgeschlossen, daß die Fehlerlosigkeit des Besitzes lediglich bei der possessio ad interdicta, nicht aber auch bei der possessio ad usucapionem, da bei dieser das Erforderniß des titulus und der bona fides die Frage wegen der vitiosa possessio überflüssig mache, in Frage kommen könne.

Wie nämlich aus den Begriffsbestimmungen der bona fides, des justus titulus und der vitiosa possessio in §§ 197. 198 und 200 des Entwurfs (§§ 187. 188. 190 des B. G.-B.) hervorgeht, decken sich die bona fides und der justus titulus nicht durchgängig und es läßt sich denken, daß eine bonae fidei possessio auch zugleich eine vitiosa possessio sein kann, z. B. wenn sich der Käufer den ihm zwar gehörig übergebenen, später aber zufällig verlorenen Besitz mit Gewalt wieder verschafft. Mit Rücksicht auf diese Fälle hat man die Fehlerfreiheit des Besitzes, neben der bona fides und dem justus titulus als ein Erforderniß der Ersitzung beweglicher Sachen aufgestellt.

Die wichtigste diesem § zu Grunde liegende Abänderung des gemeinen Rechtes besteht darin, daß namentlich auch die res furtivae unter den sonstigen Voraussetzungen ersessen werden können. Ueber diese Abänderung mag Folgendes gesagt werden. Die gemeinrechtlichen Gründe, welche überhaupt jede, oder doch die ordentliche Ersitzung wegen persönlicher Verhältnisse und der Schwierigkeit einer Rechtsverfolgung ausschließen, sind, den dermaligen Verhältnissen entsprechend, durch die Vorschriften in § 273 in Verbindung mit §§ 154 folg. gedeckt. Anlangend insbesondere die res furtivae, bei denen es schon nach dem bisherigen Sächs. Rechte zweifelhaft war, ob sie der ordentlichen Ersitzung entzogen wären, wird das Erforderniß der bona fides und der Rechtmäßigkeit des Besitzes für die Möglichkeit der ordentlichen Ersitzung als genügend betrachtet werden können, wenn man berücksichtigt, daß dem Eigenthümer der gestohlenen Sache nach jetzigen Verhältnissen und bis zur Vollendung der auf drei Jahre festgesetzten Usucapionszeit, die Füglichkeit, sein Eigenthum selbst dem redlichen und rechtmäßigen Besitzer gegenüber geltend zu machen, geboten ist, für ein noch umfassenderes Vindicationsrecht aber ein ausreichender Grund fehlt, weil den redlichen und rechtmäßigen Besitzer einer gestohlenen Sache, wenn er sie dem Eigenthümer herausgeben muß, in der Regel ein Vermögensverlust treffen wird, den er ohne eigene Schuld und mit wenig Aussicht auf Ersatz von seinem Auctor, erleidet. Der allgemeine Verkehr möchte durch die Bestimmung des Gesetzbuchs jedenfalls mehr, als durch die Vorschriften des gemeinen Rechtes gesichert sein. Durch die Ausscheidung der sog. vitia possessionis, welche gemeinrechtlich ihren Grund nicht in der rechtlichen Beschaffenheit der Sache, sondern in dem Willens-

fehler der Person oder, wie bei den res furtivae, in der Widerrechtlichkeit des Erwerbes haben, ist der Einfluß gesetzlicher oder gesetzlich als wirksam anerkannter Veräußerungsverbote auf die Möglichkeit der Ersitzung nicht ausgeschlossen. Denn unter den Begriff der Veräußerung fällt auch die Usucapion, weil durch dieselbe das Eigenthum an der Sache von einer dritten Person (dem Ersitzenden) erworben wird (l. 28 pr. D. d. V. S.). Es muß daher, wenn das Gesetz, unmittelbar oder mittelbar, die Veräußerung verbietet, auch die Usucapion für verboten gelten. Demnach ist die Ersitzung nicht blos bei Sachen, deren Veräußerung das Gesetz unmittelbar verbietet, also bei den res extra commercium positae, zu denen auch die res sacrae et religiosae gehören, unstatthaft, sondern es sind derselben auch die Sachen entzogen, für welche ein nach § 223 wirksames richterliches, testamentarisches oder vertragsmäßiges Veräußerungsverbot besteht. Nach Wegfall des Verbotes kann eine Ersitzung begonnen oder vollendet werden. Andere Veräußerungsverbote als die in § 223 speciell aufgezählten hindern die Ersitzung nicht.

---

§ 262. Wenn der Besitz zu Anfang und am Ende der Ersitzungszeit als vorhanden nachgewiesen wird, so wird die Fortdauer desselben in der Zwischenzeit vermuthet.

Motive. Dieser § stellt, wenn der Besitz sowohl zu Anfang als zu Ende der dreijährigen und beziehendlich dreißigjährigen Ersitzungszeit beigebracht ist, die Vermuthung auf, daß der Besitz auch in der Zwischenzeit fortgedauert habe. Diese Vermuthung findet ihre Rechtfertigung darin,

a) daß man außerdem von dem Ersitzenden den Beweis einer Negative, daß er nämlich den einmal erlangten Besitz nicht wieder verloren habe, verlangen würde, und
b) daß, wenn der Eigenthümer vindicirend gegen den Besitzer auftritt, derselbe den Beweis, daß der Beklagte besitze, führen muß und der Beklagte blos den Titel, auf welchen er sich etwa beruft, zu beweisen hat, die Analogie hiervon aber die Folgerung ergiebt, daß, wenn der Präscribent Klage erhebt, der Beweis des Anfangs- und Endpunktes der Besitzzeit hinreicht und die Zwischenzeit durch die Vermuthung der Fortdauer, deren Wegräumung Aufgabe des Gegenbeweises ist, ausgefüllt wird.

Nach gegenwärtigem Proceßrechte ist die Behauptung „der Besitz sei unterbrochen gewesen“ formell als Exception zu behandeln, welche rechtzeitig vorgeschützt und im indirecten Gegenbeweise, nach Befinden in einem besondern Exceptionsbeweise darzuthun ist.

---

§ 263. Wer den Besitz durch Uebergabe erlangt hat, kann den Ersitzungsbesitz seines unmittelbaren Vorgängers und der weiteren Vorgänger seinem Ersitzungsbesitze hinzurechnen.

Motive. Angehend diesen §, so ist zu erwähnen, daß derselbe durch den folgenden § in einer doppelten Hinsicht näher bestimmt wird. Erstens erklärt der letztere die in dem ersteren gebrauchten Worte: „unmittelbaren Vorgängers“ dahin, es dürfe der Zusammenhang der in Frage kommenden verschiedenen Besitzperioden nicht etwa durch den dazwischen getretenen Besitz eines Dritten unterbrochen worden sein. Zweitens schließt derselbe das Mißverständniß aus, als

ob durch den § 274 des Entwurfs (§ 263 des B. G.-B.) die gemeinrechtliche Vorschrift habe aufgehoben werden sollen, daß, wenn während der Zeit, wo hereditas jacens gewesen, die Ersitzungszeit abgelaufen ist, nichtsdestoweniger die Sache als durch Ersitzung in das Eigenthum des Erben übergegangen gilt, sowie, daß dem Legatar die Zeit, während welcher der legirte Gegenstand sich in den Händen des Erben befunden hat, zu Gute geht, es also einflußlos ist, wenn sich der Erbe während seiner interimistischen Besitzzeit in mala fide befunden haben sollte.

Die §§ 263. 264 behandeln die accessio temporis, und zwar im Allgemeinen im Einklange mit dem gemeinen Rechte.[1] Der ununterbrochene Besitz der Sache während der Ersitzungszeit ist zwar ein wesentliches Requisit der Ersitzung, es braucht aber derselbe nicht von der nämlichen Person ausgeübt worden zu sein. Hinzurechnung des Besitzes des unmittelbaren und der weiteren Vorgänger ist jedoch für die ordentliche Ersitzung nur statthaft, wenn der Ersitzende und seine Vorgänger den Besitz durch Tradition, im redlichen Glauben und aus rechtmäßigem Grunde, erworben haben. Eine Lücke in der Reihefolge der Besitzer schließt die Hinzurechnung dergestalt aus, daß dieselbe erst von dem Zeitpunkte wieder eintreten kann, wo der Zwischenbesitz des Dritten aufgehört hat, und eine zusammenhängende Besitzerfolge wieder hergestellt worden ist. Hat ein Besitzer die Sache während der Ersitzungszeit veräußert, dieselbe jedoch nach Wiederaufhebung oder Wiederauflösung des Veräußerungsvertrages von dem Erwerber zurückgegeben erhalten, so ist dieser neue Besitz als ein durch Tradition erworbener zu betrachten, zu welchem der Zwischenbesitz des Tradenten hinzugerechnet werden kann.[2] Dagegen würde Derjenige, welcher den verlorenen Besitz der Sache zurückerstritten hat, den Besitz seines Gegners nicht zu dem seinigen rechnen dürfen, weil in diesem Fall der Besitz des obsiegenden Theiles nicht auf Tradition, sondern blos auf Restitution beruht.

---

§ 264. Bei der Erbfolge werden der Ersitzungsbesitz des Erblassers, die Zeit bis zur Besitzerwerbung durch den Erben und der Ersitzungsbesitz des Erben zusammengerechnet, vorausgesetzt, daß der Zusammenhang nicht durch den Besitz eines Dritten unterbrochen worden ist. Dasselbe gilt bei Vermächtnissen und Anwartschaften, bei welchen auch Zusammenrechnung des Besitzes des Erben, des Vermächtnißnehmers oder Anwärters stattfindet.

Daß in Fällen der Erbfolge, des Vermächtnisses und der Anwartschaft dem Erben, Vermächtnißnehmer oder Anwärter auch der Ersitzungsbesitz der Vorgänger ihres Erblassers zu Statten kommt, ist ebenso zweifellos, als daß Derjenige, welcher den Besitz der Sache vom Erben, Vermächtnißnehmer oder Anwärter durch Uebergabe erworben hat, die accessio temporis in dem in §§ 263. 264 gedachten Umfange für sich geltend machen kann. In dem am Schlusse des § 264 gedachten Falle kommt auf die mala fides des Erben Nichts an, weil dieser den Zwischenbesitz nicht für seine Person ausübt und denselben auch nicht durch Tradition auf den Legatar &c. überträgt.

---

§ 265. Der Besitz muß während der ganzen Ersitzungszeit in redlichem Glauben ausgeübt worden sein.

1. Vergl. §§ 12. 13. J. de usuc. et long. temp. praescr. l. 15. §§ 1—6. l. 16. D. de div. temp. praescr. l. un. C. de usuc. transform.

2. Vergl. l. 6. § 1. D. de div. temp. praescr. l. 13. § 2. D. de acqu. vel am. poss.

Motive. Nach diesem § ist es ein Erforderniß der Ersitzung, daß der Ersitzende während der ganzen Ersitzungszeit sich in bona fide befunden hat; es genügt also nicht bona fides zu Anfange der Ersitzung, vielmehr hindert auch die sog. mala fides superveniens die Usucapion, was der für die bona fides streitenden Vermuthung gegenüber anzunehmen völlig unbedenklich war.

Die in diesem § enthaltene Vorschrift weicht von dem gemeinen Rechte, nach welchem bekanntlich (l. un. Cod. de usuc. transform.) nicht mehr gefordert wurde, als daß der Usucapient den Besitz bona fide erworben habe, ab und befolgt den Ausspruch des canonischen Rechts (cap. 20. X. de praescript.), nach welchem die bona fides während der ganzen Ersitzungszeit vorhanden sein muß. Bei der für die Redlichkeit des Besitzes streitenden Vermuthung (§ 188) und der Schwierigkeit des Beweises der mala fides war diese Abweichung vollkommen gerechtfertigt.[1]

---

§ 266. Die Unredlichkeit des Besitzvorgängers hindert den redlichen Besitznachfolger oder Erben nicht, die Ersitzung von der Zeit seines Besitzes anzufangen.

Diese Bestimmung weicht auch in Ansehung des Erben nicht vom römischen Rechte ab, weil der § nicht von der Fortsetzung des von einem Anderen angefangenen, sondern von der Zulässigkeit eines neuen Usucapionsbesitzes handelt.[2] Selbstverständlich ist, daß der Besitz des unredlichen Vorgängers dem redlichen Besitznachfolger oder Erben nicht zugerechnet werden kann; die neue Ersitzung, welche der Letztere beginnt, kann die dreijährige sein, wenn er für seine Person einen Rechtsgrund (§ 268) hat, oder die dreißigjährige, wenn er ohne Rechtsgrund und blos bona fide besitzt.

---

§ 267. Der Besitz ist ein unredlicher, wenn dem Besitzer das seiner Eigenthumserwerbung entgegenstehende Hinderniß bei Erwerbung des Besitzes bekannt war oder während der Ersitzungszeit bekannt wurde, oder wenn seine Unkenntniß des Hindernisses auf einem nicht entschuldbaren Irrthume beruht.

Motive. In diesem § werden die sämmtlichen Fälle, in welchen die Vermuthung der bona fides als beseitigt gilt, unter nachstehende Kategorieen gebracht:

a) Die Fälle, in welchen der Besitzer sich bereits beim Beginne in mala fide befunden hat, wobei zugleich auf die Möglichkeit Rücksicht genommen wird, daß das Ereigniß auch vor dem Beginne der Ersitzungszeit eingetreten und zur Kenntniß des Erwerbers gekommen ist, welches später den Begriff der Ersitzung hindert;
b) die Fälle der sog. mala fides superveniens;
c) die Fälle, in welchen der gute Glaube des Besitzers auf einem unentschuldbaren Irrthume beruht.

Nach § 188 besteht die bona fides des Besitzers in dem Glauben, der Eigenthümer der Sache zu sein. Dieser Glaube, als etwas rein subjectives, kann selbst im Falle eines

---

1. Ueber die Redlichkeit des Besitzes, welcher durch Stellvertreter ausgeübt wird, vergl. noch § 189. S. 211.

2. Vergl. § 12. J. h. t. l. 11. D. de div. temp. praescr. l. 3. C. comm. de usuc. Man vergl. auch §§ 195. 270. 271.

nicht entschuldbaren Irrthums vorhanden sein. Durch die in den Motiven ad c. gedachte Bestimmung wird auch der in dem § 188 aufgestellte allgemeine Begriff nicht aufgehoben, sondern nur dem auf einem unentschuldbaren Irrthume beruhenden Glauben die Wirkung eines Hindernisses der Ersitzung beigelegt.[1] Der correspondirende § 278 des Entwurfs hat übrigens bei der Schlußredaction eine unwesentliche Abänderung erfahren.

---

§ 268. Als rechtmäßig gilt der Besitz, welcher in Folge eines Rechtsgrundes erworben wurde, der geeignet gewesen wäre, Eigenthum zu verschaffen, jedoch wegen eines in dem einzelnen Falle entweder von Anfang an vorhandenen oder später eingetretenen Hindernisses die Eigenthumserwerbung nicht zur Folge hat.

Der § weicht in Ansehung des für die ordentliche Ersitzung erforderlichen Titels vom gemeinen Rechte nicht wesentlich ab. Als Beispiele eines vom Anfange an vorhandenen Hindernisses der Erwerbung des Eigenthums sind zu erwähnen: wenn Jemand eine Sache von einem Nichteigenthümer oder von einer in der Handlungsfähigkeit oder in der Verfügung über die, an sich veräußerliche Sache beschränkten Person gekauft, als Beispiel eines später eingetretenen Hindernisses, wenn Jemand eine Sache auf Grund eines vom Testator später widerrufenen Legates empfangen hat. Rechtstitel des Usucapionsbesitzes sind insbesondere: Occupation, Tradition vermöge Kaufs, Tausches oder Schenkung, Geben an Zahlungsstatt, überhaupt alle Arten der Eigenthumserwerbung.

---

§ 269. Nimmt der Besitzer irrthümlich an, daß ein Hinderniß seiner Erwerbung vorhanden sei, während dieses nicht vorhanden ist, oder nimmt er irrthümlich einen anderen Erwerbungsgrund an, als welcher vorhanden ist, so steht dieß der Ersitzung nicht entgegen.

Motive. Aus der Fassung dieses § folgt, daß es einen sog. titulus putativus, worunter man hier den Fall begreift, wenn der Besitzer auf Grund einer bloßen, durch äußere Thatsachen nicht unterstützten Vorstellung, irrthümlich glaubt, daß er vermöge eines Titels besitze, z. B. wenn er glaubt, die Sache gekauft zu haben, während gar kein Kauf geschlossen worden ist, nicht giebt, indem blos die Fälle als der Ersitzung nicht entgegenstehend erwähnt werden, wo der Besitzer in so fern irrt, als er fälschlich glaubt, daß seinem in Wirklichkeit existirenden Titel ein nicht vorhandenes Hinderniß entgegenstehe, oder daß ein anderer Titel existire, als wirklich existirt.

Der Irrthum, in welchem sich der Besitzer in Bezug auf die Rechtmäßigkeit seines Besitzes befindet, ist ihm in den im § erwähnten beiden Fällen unschädlich, mit a. W. das wahre Sachverhältniß prävalirt dergestalt vor der eigenen Ueberzeugung des Irrenden, daß diese die Ersitzung nicht ausschließt. Der Putativtitel, welchen das B. G.-B. als wirksamen Rechtsgrund für die ordentliche Ersitzung gänzlich abgeworfen hat, ist ein solcher, der ohne alle Realität, nur in der irrigen Vorstellung des Besitzenden beruht; wäre dabei der Irrthum ein nicht zu entschuldigender, so würde nicht einmal der für jede Ersitzung nöthige redliche Glaube vorhanden sein. Nach dieser Begriffsbestimmung würde man einen putativen und deshalb unwirksamen Titel auch dann anzunehmen haben, wenn zwar gewisse äußere Thatsachen, auf welche der Ersitzende den Glauben, er sei Eigen-

1. Vergl. auch l. 44. § 4. i. f. D. de usurp. et usuc. l. 5. § 1. D. pro suo.

thümer, gründet, vorhanden sind, diese aber für ihn gar keinen, also auch nicht einen anderen, als den von ihm vorausgesetzten Rechtsgrund enthalten, wie z. B. wenn der Besitzer glaubt, sein Bevollmächtigter habe einen, von diesem wirklich abgeschlossenen Kauf für ihn abgeschlossen, während der Bevollmächtigte die Sache weder für ihn gekauft, noch sonst aus einem zur Eigenthumsübertragung geeigneten Rechtsgrunde für ihn erworben hat. Hätte aber der Mandatar die Sache für den Besitzer zwar nicht, wie dieser glaubt, gekauft, aber geschenkt erhalten, so würde nach dem § die Ersitzung auf Grund der Schenkung eintreten können.

---

§ 270. Der Erbe, welcher Sachen als zur Erbschaft gehörig besitzt, kann eine vom Erblasser an diesen Sachen begonnene Ersitzung nur mit dem Rechtsgrunde fortsetzen, welchen der Erblasser für sich hatte. Besaß der Erblasser die Sache ohne einen zur Ersitzung geeigneten Rechtsgrund, so giebt das Erbrecht dem Erben, welcher den Besitz ergriffen hat, keinen zur Ersitzung geeigneten Rechtsgrund. Dasselbe gilt bei Sachen, welche der Erblasser nicht inne hatte, der Erbe aber für Erbschaftssachen hielt und als Erbe in Besitz nahm.

Motive. Dieser und die folgenden §§ betreffen den sog. titulus pro herede, über welchen von jeher (man vergl. Schulting, notae ad Pand., T. VI., pag. 440 sq.; Wissenbach, Exercit. ad D. II., pag. 275; Westenberg, in princip. jur. ad Tit. D. pro herede; Huber, Praelectiones ad Tit. pro herede; Sintenis a. a. O., S. 508 not. 52 und die daselbst angeführten Schriften) Meinungsverschiedenheit geherrscht hat. Das Gesetzbuch hat nachstehende Sätze darüber aufgestellt:

a) Eine von dem Erblasser angefangene Ersitzung setzt der Erbe — vorausgesetzt, daß auch er im redlichen Glauben steht — fort;

b) befinden sich im Nachlasse Sachen, welche
   aa) der Erblasser zwar besaß, ohne sich jedoch in conditione usucapiendi zu befinden, oder
   bb) welche er nur für Andere, als Commodatar, Miether ꝛc. inne hatte,

   so gewährt das Erbrecht keinen Titel zur Ersitzung;

c) befinden sich im Nachlasse Sachen, welche gar nicht dahin gehören, von welchen aber der Erbe glaubt, daß sie dazu gehören, so kann von einer Ersitzung kraft des Erbrechtes ebenfalls keine Rede sein;

d) was den heres putativus betrifft, so kann, wenn Jemand aus einem gesetzlichen Berufungsgrunde als vermeintlicher Erbe im Nachlasse vorgefundene Sachen, gleichviel ob sie zum Nachlasse gehören oder nicht, in Besitz nimmt, rücksichtlich derselben eine neue Ersitzung beginnen. Dem wirklichen Erben gegenüber kann aber weder in Beziehung auf das Erbrecht, noch in Beziehung auf einzelne Erbschaftssachen eine Ersitzung vollendet werden, indem dieß nach den Vorschriften über die Erbschaftsklage nicht denkbar ist.

Den Motiven ist noch Folgendes beizufügen:

Bei Sachen der sub c. gedachten Art, welche gar nicht zum Nachlasse gehören, welche sich also gar nicht im Besitze oder in der Inhabung des Erblassers befunden haben, sondern von dem Erben nur in der Meinung, daß sie zur Erbschaft gehören, in Besitz genommen worden sind, z. B. Möbel, welche ein Abmiether nach dem Tode des Erblassers

im Erbhause zurückgelassen hat, kann der Natur der Sache nach das Erbrecht als Rechtsgrund nicht in Frage kommen; in wie weit der Erbe für seine Person dergleichen Sachen ersitzen könne, ist nach den sonstigen Bestimmungen des B. G.-B. in diesem Abschnitte zu beurtheilen. Bei Sachen, welche im Eigenthume des Erblassers waren, bedarf es für den Erben keiner Ersitzung und bei solchen, welche der erstere im redlichen Glauben und mit einem Rechtsgrunde zur Ersitzung besaß, tritt der Erbe zufolge seiner vermögensrechtlichen Succession in das Verhältniß des Erblassers und setzt, wenn er auch für seine Person im redlichen Glauben sich befindet, die Ersitzung nach den in § 264 über die accessio temporis ertheilten Vorschriften aus demselben Rechtsgrunde fort. Der sog. titulus pro herede könnte also beim heres verus nur rücksichtlich der Sachen in Erwägung kommen, welche a) der Erblasser ohne Rechtsgrund, aber im redlichen Glauben, oder b) die er als fremde Sachen besaß, z. B. deponirte, ermiethete, geliehene. Weder in Betreff der ersteren, noch der letzteren gewährt dem Erben sein Erbrecht einen Rechtsgrund zur Ersitzung, weil er in seiner Eigenschaft als (wirklicher) Erbe nur die Rechte und Befugnisse geltend machen kann, welche dem Erblasser zugestanden haben. Jedoch ist nach der Bestimmung in § 266 rücksichtlich solcher Sachen, welche der Erblasser ohne Rechtsgrund und nicht im redlichen Glauben besaß, eine neue Ersitzung auf Seiten des Erben, der sich für seine Person im redlichen Glauben befindet, möglich, und zwar entweder nach § 261, wenn er selbst einen besonderen Rechtsgrund für sich hat, oder nach § 260, wenn er ohne Rechtsgrund besitzt. Nicht minder kann nach § 264 der Erbe sich bei der außerordentlichen Ersitzung den Besitz des Erblassers, der im redlichen Glauben, jedoch ohne Rechtsgrund besessen hat, mit anrechnen.

---

§ 271. Ein Nichterbe, welcher einen Berufungsgrund zur Erbschaft für sich hat, der wegen eines vom Anfange vorhandenen oder später eingetretenen Hindernisses unwirksam ist, und als vermeintlicher Erbe den Besitz von Sachen ergreift, welche der Erblasser inne hatte, hat in dem Berufungsgrunde einen zur Ersitzung geeigneten Rechtsgrund, wenn ihm nicht die Unredlichkeit des Besitzes nachgewiesen werden kann. Die Ersitzung aus diesem Rechtsgrunde kann dem wahren Erben gegenüber nicht geltend gemacht werden.

Hier ist zunächst auf die Motive zu vorigem § zu verweisen.

Der Rechtstitel des putativen Erben unterscheidet sich von dem unwirksamen Putativtitel wesentlich dadurch, daß der erstere in seinem Berufungsgrunde zur Erbschaft einen verus titulus besitzt, der zwar wegen eines Hindernisses der in § 268 gedachten Art den Eigenthumsübergang nicht zur Folge hat, wobei aber auch eine Repräsentation des Erblassers durch den putativen Erben nicht störend eintritt. Ein Beispiel ist, wenn der putative Erbe vermöge seines verwandtschaftlichen Verhältnisses zum Erblasser ein gesetzliches Intestaterbrecht hat, sich aber später ein rechtsbeständiges Testament findet, worin eine andere Person zum Erben eingesetzt worden, oder wenn später näher berechtigte Erben auftreten. Hierbei ist den Motiven noch die Erläuterung beizufügen, daß nach der ursprünglichen Fassung des § der Putativerbe in seinem Berufungsgrunde zur Erbschaft auch rücksichtlich solcher Sachen, welche gar nicht zur Erbschaft gehörten, einen Rechtsgrund zur Ersitzung haben sollte. Die hierauf bezügliche Stelle ist jedoch in den gedruckten Entwurf nicht mit aufgenommen worden, weil man schließlich der entgegengesetzten Ansicht den Vorzug gegeben, und bei derartigen Sachen den putativen und den wirklichen Erben gleichzustellen beschlossen hat. Demnach beschränkt sich der in § 271

anerkannte titulus pro herede eines Putativerben auf die Sachen, welche der Erblasser inne gehabt hat und welche in diesem Sinne zur Erbschaft gehören (vergl. die Motive zu § 270 sub a) aa) bb). Durch die Bestimmung, daß die Ersitzung dem wahren Erben gegenüber nicht eintreten soll, wird eine Streitfrage des gemeinen Rechtes entschieden. In Bezug auf das Verhältniß des § 271 zu dem § 2322 ist noch zu bemerken, daß der letztere nur eine mit Rücksicht auf die Bestimmungen in §§ 2294—2300 folg. über die Legitimation des Erben nothwendige Vorschrift zum Schutze dritter Personen enthält. Der Dritte, welcher im redlichen Glauben von einer nach §§ 2294 folg. als Erbe legitimirten Person etwas gegen Entgelt erworben, z. B. eine Sache gekauft hat, soll gegen die hereditatis petitio unbedingt geschützt sein, so daß er sich gar nicht darauf zu beziehen braucht, der putative Erbe oder er selbst, mit Hinzurechnung der Besitzzeit des letzteren, habe ersessen, wenn später ein gleich oder besser berechtigter Erbe auftritt. Daher leidet die ebenerwähnte Bestimmung im Schlußsatze des § 271 nur gegen den Nichterben selbst und gegen Den Anwendung, welcher vom Nichterben ohne Legitimation des Letzteren oder unentgeltlich erworben hat. In diesen Fällen besteht das Recht des verus heres so lange fort, bis die hereditatis petitio verjährt ist.

---

§ 272. Wer sich auf dreijährige Ersitzung beruft, hat den zur Rechtmäßigkeit seines Besitzes erforderlichen Rechtsgrund zu beweisen.

Motive. In diesem § ist der Satz, daß wer sich auf Ersitzung cum titulo beruft, seinen Titel, wenn er ihm bestritten wird, zu beweisen habe, aufgestellt, um jeden Zweifel, welcher in dieser Hinsicht nach den Regeln über die Beweislast in § 180 folg. des Entwurfs (§ 171 folg. des B. G.-B.) noch etwa entstehen könnte, zu beseitigen. Daß bona fides bis zum Beweise des Gegentheiles vermuthet wird, ist in § 198 des Entwurfs (§ 188 des B. G.-B.) gesagt und hierauf basirt der § 278 des Entwurfs (§ 267 des B. G.-B.).

Wenn eine dreißigjährige Ersitzung vorliegt, so bedarf es eines titulus überhaupt gar nicht; es hat daher Derjenige, welcher sich auf einen Besitz von dieser Dauer beruft, als Kläger lediglich den Besitz zu beweisen, und es ist der Gegner dawider lediglich mit dem Beweise der mala fides des Klägers zu hören. Auch kommen die vitia possessionis einem dreißigjährigen Besitzstande gegenüber nicht in Betracht.

Der im § aufgestellte Satz entspricht den allgemeinen Regeln der Beweislast.

---

§ 273. Eine Ersitzung kann nicht beginnen und eine begonnene steht still, wenn und so lange der Eigenthümer, gegen den ersessen werden soll, in einer Lage ist, in welcher gegen ihn keine Verjährung der Eigenthumsklage läuft.

Zu diesem § ist auf die Vorschriften der §§ 154 folg. des B. G.-B. und das hierzu S. 186 folg. Gesagte zu verweisen.

---

§ 274. Die Ersitzung wird unterbrochen, so daß nur eine neue anfangen kann, wenn der Besitz unterbrochen wird, oder wenn der Besitzer von dem Eigenthümer mit der Eigenthumsklage belangt wird, von der Zeit an, wo das Gericht

den Besitzer oder, dafern die gesetzliche Vertretung desselben mangelt, die Behörde, welche den Vertreter zu bestellen hat, von der Klage benachrichtigt. Der Benachrichtigung wird gleich geachtet, wenn das Gericht, bei welchem die Klage angebracht worden ist, bezeugt, daß die Benachrichtigung aus Gründen, welche in der Person des Gegners liegen, unmöglich sei.

Motive. Zu diesem § erwähnt man, daß erstens, wenn der Eigenthümer ein seinem Vindicationsanspruche günstiges rechtskräftiges Erkenntniß erlangt hätte, ihm nach § 185 des Entwurfs (§ 176 des B. G.-B.) die Verfolgung eines durch die res judicata begründeten selbständigen Rechtes zustehen würde, wobei die Frage, ob der Gegner ersessen habe oder nicht, ganz außer Betracht bleiben müßte, und zweitens bei der Ersitzung die Kraft der Unterbrechung an die Insinuation der Ladung geknüpft ist, während die Verjährung nach § 171 des Entwurfs (§ 163 des B. G.-B.) bereits durch die Klagerhebung unterbrochen wird.

Das B. G.-B. erkennt als Unterbrechung der Ersitzung a) Verlust oder Aufgabe des Besitzes, b) die Anstellung der Eigenthumsklage gegen den Besitzer in Verbindung mit der Benachrichtigung des Beklagten, seines gesetzlichen Vertreters oder der Behörde, welche diesen Vertreter zu bestellen hat, nach Befinden Ertheilung des am Schlusse des § gedachten Zeugnisses, und c) die im folgenden § erwähnte Verwahrung an.

---

§ 275. Kann wegen Unbekanntschaft des Ortes, wo sich die Sache befindet, oder wo der Gegner sonst belangt werden könnte, die Eigenthumsklage bei Gericht nicht angebracht werden, so wird die Ersitzung unterbrochen, wenn der Eigenthümer vor seinem persönlichen Gerichtsstande zum Zwecke der Unterbrechung der Ersitzung Verwahrung einlegt.

Motive. Durch diesen § wird für Fälle, wo die Anstellung der Vindicationsklage unmöglich ist, eine Aushülfe gesichert, von welcher sich eine Analogie schon in dem gemeinen Rechte findet, indem nach der l. 2 Cod. de annali except. einer Protestation beim praeses oder Bischof oder defensor civitatis, im Nothfalle auch einer öffentlichen, von Zeugen unterschriebenen, Verwahrung die Wirkung der Unterbrechung der Ersitzung beigelegt wird. Hiernach steht die Ersitzung in Beziehung auf die Möglichkeit einer Unterbrechung durch bloße Protestation der Verjährung, bei welcher der § 172 des Entwurfs (§ 164 des B. G.-B.) ein ähnliches Aushülfemittel gestattet, gleich.

Die Verwahrung tritt nach der Vorschrift im § nur dann erst ein, wenn weder ein sachlicher noch ein persönlicher Gerichtsstand zu ermitteln ist, vor welchem der Besitzer belangt werden könnte. Es ist selbstverständlich, daß die Verwahrung vor Ablauf der Ersitzungszeit angebracht werden muß, daß aber auch, wenn dieß geschieht, dieselbe vom Richter angenommen werden muß, ohne daß der Antragsteller zu warten braucht, ob sich etwa die Behinderungsgründe vor Ablauf dieser Zeit beseitigen lassen.

Dritter Abschnitt.

Erwerbung des Eigenthums an unbeweglichen Sachen.

I. Eintragung in das Grundbuch.

§ 276. Eigenthum an Grundstücken wird durch Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch erworben, ohne daß es dazu der Erwerbung des Besitzes bedarf. Die Eintragung setzt einen Rechtsgrund zur Eigenthumserwerbung voraus.

Motive. In diesem und den folgenden §§ ist von dem Eigenthume an unbeweglichen Sachen und von dem darauf bezüglichen Ingrossationssysteme die Rede. An unserem Rechte, wie es seit dem Gesetze vom 6. November 1843 bestanden hat, ist nur Weniges geändert worden, und, auf diese wenigen Abweichungen des Gesetzbuches von jenem Gesetze aufmerksam zu machen, ist der vorzüglichste Zweck des Nachstehenden.

In dem obigen § wird für alle Grundstücke, ohne Ausnahme, die Eintragung in das Grundbuch als wesentliche Form der Erwerbung des Eigenthumes vorgeschrieben. Hiernach weicht das Gesetzbuch von dem Gesetze vom 6. November 1843, welches in § 153 Staatsgüter, geistliche Güter und Gemeindegrundstücke von dem Ingrossationssysteme so lange ausnimmt, als nicht Hypotheken daran bestellt werden, ab. Man ist dabei vorzüglich von der Ansicht ausgegangen, daß, wenn die bisherige aus dem § 153 des Gesetzes vom 6. November 1843 hervorgehende Ungleichheit auch für die Zukunft beibehalten werden sollte, das B. G.-B. bei Immobilien auf zweierlei Arten des Eigenthumserwerbes und Eigenthumsverlustes, je nachdem Eintragung erforderlich wäre oder nicht, hätte Rücksicht nehmen müssen; was nicht ohne die größten Unzuträglichkeiten hätte geschehen können. Weiter fand man in der bisherigen Einrichtung in so fern eine Inconsequenz, als die angegebenen Grundstücke unter gewissen Voraussetzungen schon gegenwärtig ein Folium im Grundbuche erhalten müssen, ingleichen eine Folge dieser Inconsequenz darin, daß namentlich rücksichtlich der Gemeindegrundstücke in der zum Hypothekengesetze gegebenen Ausführungsverordnung vom 15. Febr. 1844, § 43, allerhand Distinctionen haben gemacht werden müssen, während sich das Verhältniß ganz einfach gestaltet, wenn das Ingrossationssystem ausnahmslos durchgeführt wird. Uebrigens vermochte man von der Vorschrift des § 153 des Gesetzes vom 6. November 1843, da dieselbe selbst bei den Ausnahmen, welche sie macht, auf Fälle Rücksicht nimmt, in denen wieder die Regel eintritt, um so weniger einen ausreichenden Grund zu erkennen, als man es für etwas rein Zufälliges ansah, daß die bisherige Einrichtung nicht von erheblichen Nachtheilen begleitet gewesen war. Zu alledem kam aber noch, daß man es sogar in dem eigenen Interesse des Staates, der geistlichen Anstalten und der Gemeinden für angemessen hielt, in Beziehung auf die denselben eigenthümlich gehörigen Immobilien keine Ausnahmen von dem Ingrossationssysteme zu machen, indem die der bisherigen Einrichtung wahrscheinlich zu Grunde liegende Vorstellung, daß diese Immobilien als res extra commercium positae gelten könnten, nicht begründet, wenigstens bisher nicht in dem Umfange anerkannt worden ist, daß Verwickelungen, die durch Ersitzung, Verjährung und auf andere Weise entstehen können, ausgeschlossen gewesen wären.

Wenn der obige § das System der Eintragung in das Grundbuch auch auf Staatsgüter, geistliche Güter und Gemeindegrundstücke extendirt, so geschieht dieß

mit dem sich von selbst verstehenden Vorbehalte, daß bei der ersten Anlegung der Folien dieser Immobilien die Eigenthumsfrage nach dem bisherigen Rechte zu beurtheilen und dabei namentlich nicht unberücksichtigt zu lassen ist, daß es bei diesen Gütern einer Verlautbarung in dem Grundbuche bisher nicht bedurfte, vielmehr das Eigenthum daran auch ohne gerichtliche Zuschreibung oder Lehnsreichung auf jede mögliche Art, insbesondere aber auch durch Ersitzung, erworben werden konnte. Außerdem aber behält sich die Staatsregierung ausdrücklich vor, darüber noch besondere Bestimmung zu treffen, zu welcher Zeit die Ingrossation der zu dem Ressort der betreffenden Ministerien gehörigen Grundstücke stattfinden soll, sowie, ob auch öffentliche Wege dem aufgestellten Principe zu unterliegen haben.

Soviel das gemeinrechtliche Institut der superficies betrifft, so trug man, der damit verbundenen Uebelstände ungeachtet, Bedenken, dasselbe als ein besonderes Rechtsinstitut nicht mehr gelten zu lassen, da, wie auch die Erfahrung gelehrt hat, ein praktisches Bedürfniß für dasselbe allerdings vorhanden ist. Indessen fand man angemessen, das superficiarische Verhältniß, welches in seiner gegenwärtigen rechtlichen Gestalt zwischen Eigenthum und Dienstbarkeit mitten inne steht und ein getheiltes Eigenthum begründet, den jetzigen Zeitverhältnissen, insbesondere dem schon durch das Gesetz vom 6. November 1843 eingeführten Ingrossationssysteme anzupassen. Aus diesem Grunde hat man für nothwendig angesehen, Gebäude, welche im Verhältnisse der superficies stehen, also selbständig veräußert, vererbt und verpfändet werden können, der Nothwendigkeit der Ingrossation zu unterwerfen und zwar in der Weise, daß sie auch ein besonderes, selbständiges Folium im Grundbuche erhalten haben müssen, wenn ihnen die superficiarische Eigenschaft zukommen soll. Diese Accommodation an das Zeitbedürfniß hat man in dem Gesetzbuche in der Weise zur Geltung gebracht, daß man die superficies als Baurecht oder Kellerrecht unter den Dienstbarkeiten mit aufgeführt, also drei Kategorien, nämlich erstens Grunddienstbarkeiten, zweitens persönliche Dienstbarkeiten, drittens Kellerrecht, aufgestellt hat. Durch dieses Verfahren ist zwar die superficies als selbständiges Rechtsinstitut beibehalten, derselben jedoch eine solche Stellung gegeben worden, daß dergleichen Collisionen mit Privatrechten und mit öffentlichen Einrichtungen, wie sie bisher vorgekommen sind, nicht mehr eintreten können.

Die Durchführung dieser Ansicht bleibt der Ausführungsverordnung zu dem Gesetzbuche vorbehalten, in welcher namentlich auch darüber Bestimmungen zu treffen sein werden, in wie weit bisher schon begründete superficiarische Rechte fortbestehen können und unter welchen Voraussetzungen und Bedingungen besondere Folien für dergleichen Rechte anzulegen sind.

Bekanntlich ist in Sachsen schon durch das Gesetz vom 6. Novbr. 1843, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend[1], eine durchgreifende Reform im Grund- und Hypothekenwesen eingetreten. Dieses Gesetz befolgt das System der Ingrossation, welches bereits an früheren Stellen vorläufig erwähnt worden ist, und über dessen Bedeutung im B. G.-B. Folgendes bemerkt werden mag:

Das Wesen des Ingrossationssystems äußert sich im Allgemeinen darin, daß gewisse Rechte an Immobilien nur durch die Eintragung in die hierzu bestimmten öffentlichen Grund- oder Hypothekenbücher entstehen, und ebenso nur durch Eintragungen in

1. Vergl. G.- u. V.-Bl. v. 1843. S. 189 folg.

diese Bücher auf Andere übertragen, beschränkt und aufgehoben werden können. Der Rechtsgrund zur Eintragung gewährt mithin nur einen persönlichen Anspruch auf Erwerbung oder Löschung derartiger Rechte durch die hierzu nöthige Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch. Durch die Eintragung erlangt aber auch das eingetragene Recht seine Eigenschaft als solches und es verliert die letztere durch die Löschung unbedingt, und zwar ebenso in Bezug auf diejenigen Personen, welche bei Entstehung des Rechtsgrundes zur Eintragung oder Löschung die Betheiligten sind, als in Ansehung Dritter, d. h. solcher Personen, bei denen dieß nicht der Fall ist, die also bei der Erwerbung ihrer Rechte noch außer dem Rechtsverhältnisse stehen, in Folge dessen eine Eintragung stattgefunden hat und die sich nach Demjenigen richten, was ihnen der Inhalt des Grund- und Hypothekenbuchs über Eigenthum und Schuldverhältnisse des Grundstücks nachweist. Ist die Eintragung oder Löschung aus einem nichtigen oder anfechtbaren Grunde erfolgt, so gewähren zwar diese Mängel einen Anspruch auf Löschung, Umschreibung oder Wiederherstellung; allein so lange bis die hierzu erforderliche und geeignete Eintragung im Grund- und Hypothekenbuche vorgenommen worden ist, besteht das eingetragene Recht in seiner Eigenschaft als dingliches Recht formell noch fort, und das gelöschte Recht erlangt dieselbe erst von dem Zeitpunkte an wieder, zu welchem der hierauf abzweckende Eintrag erfolgt ist.

Die Ausführung solcher Ansprüche ist im Rechtsverhältnisse der Betheiligten zu einander keiner, dem Ingrossationssysteme eigenen, Beschränkung unterworfen und das Nämliche gilt auch von ihren Erben. Dagegen ist der Dritte, dessen durch Eintragung erworbenes Recht sich auf die im Grund- und Hypothekenbuche enthaltenen Einträge gründet, gegen Ansprüche dieser und anderer Art gesichert, wenn er sich bei der Erwerbung desselben im guten Glauben befunden hat. Die mit dem Systeme und dem Zwecke der Ingrossation im innigsten Zusammenhange stehende Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs soll dem im guten Glauben befindlichen Dritten das durch Eintragung erlangte Recht gewährleisten, in so weit das Grund- und Hypothekenbuch über dasselbe Auskunft geben kann und giebt. Dieser Rechtsschutz äußert aber seine Wirksamkeit zu Gunsten des Dritten in Bezug a) auf das Recht und die Verfügungsbefugnisse des Auctors; b) auf den Gegenstand, c) den Umfang und das Verhältniß seines Rechtes zu anderen ebenfalls eingetragenen Rechten, dergestalt, daß der Dritte den Inhalt des Grund- und Hypothekenbuchs, wie derselbe zur Zeit der Eintragung seines Rechtes beschaffen war, in allen diesen Beziehungen als die entscheidende Norm für sich geltend machen kann. Auf diesen Principien beruhte bereits das Gesetz vom 6. November 1843, durch welches bekanntlich das Ingrossationssystem in die sächsische Gesetzgebung eingeführt worden ist, und in dieser Weise ist auch dasselbe, mit wenigen Modificationen, im B. G.-B. festgehalten worden. Das letztere enthält zwar nicht, wie der § 22 des Gesetzes vom 6. November 1843, eine Begriffsbestimmung der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs nach ihrer Wirksamkeit,[1] allein es erkennt dieselbe als ein wesentliches Element des Ingrossationssystems an und spricht die vorstehend im Allgemeinen charakterisirten Folgesätze an den geeigneten Stellen

---

1. Der § 22 des Gesetzes vom 6. November 1843 lautete: „Vermöge der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs bringt jede im Vertrauen auf dasselbe vorgenommene Handlung, die sich auf das Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht an einem Grundstücke bezieht, in Ansehung Desjenigen, welcher nach den im Grund- und Hypothekenbuche befindlichen Einträgen und im guten Glauben gehandelt hat, alle rechtlichen Wirkungen hervor, die der Handlung, nach jenen Einträgen, angemessen sind. Auch kann Niemand die Unwissenheit dessen, was im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen ist, für sich anführen." Der § 23 erläuterte diese Bestimmung durch eine Reihe einzelner besonders wichtiger Beispielsfälle. Man vergl. hierüber Siegmann, Grund- und Hypothekenrecht S. 83 folg.

besonders aus.[1] Dabei sind, da sich über den Begriff und die Erfordernisse des guten Glaubens in der bisherigen Praxis Zweifel und Meinungsverschiedenheiten ergeben, im B. G.-B. auch hierüber soweit möglich bestimmte Regeln ertheilt worden.

Es ist im Eingang erwähnt worden, daß gewisse Rechte an Grundstücken dem Ingrossationssysteme unterworfen sind. Das B. G.-B. wendet dasselbe, im Wesentlichen übereinstimmend mit dem Gesetze vom 6. Novbr. 1843, vollständig an auf a) das Eigenthum, b) das Pfandrecht, c) die Reallasten, d) die in §§ 280 und 661 gedachten Rechte, wenn sie als selbständige, veräußerliche und vererbliche Rechte ein Folium erhalten. Grunddienstbarkeiten und solche persönliche Dienstbarkeiten, deren Inhalt nicht über den einer Grunddienstbarkeit hinausgehen, sind von der Eintragung gänzlich ausgeschlossen, auch andere persönliche Dienstbarkeiten bedürfen derselben nicht zur Entstehung des dinglichen Rechtes, sondern nur zu ihrer vollen Wirksamkeit gegen Dritte. Eine nothwendige Folge des Ingrossationssystemes ist es aber, daß Beschränkungen des Eigenthümers in der Verfügung über ein Grundstück, welche nicht in persönlichen Eigenschaften des Eigenthümers oder auf unmittelbaren gesetzlichen Vorschriften beruhen, in das Grundbuch eingetragen werden müssen, wenn sie gegen Dritte, welche ein Recht an diesem Grundstücke durch Eintragung erlangt haben, wirksam sein sollen (vergl § 224). Zu dergleichen Beschränkungen gehören namentlich Anwartschaften, richterliche, testamentarische und vertragsmäßige Veräußerungsverbote, Vor- und Wiederkaufsrechte. Auch die nach § 646 eintragsfähigen persönlichen Servituten sind es nur in der Eigenschaft einer Verfügungsbeschränkung, welche bewirkt, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks keine mit den Rechten der Dienstbarkeit unvereinbare Verfügung zum Nachtheile des Dienstbarkeitberechtigten treffen darf. Die Erwägungen, welche die Gesetzgebung bestimmt haben, das System der Ingrossation bei den Grunddienstbarkeiten nicht einzuführen, sind in den allgemeinen Motiven[2] ausführlich entwickelt. Die, namentlich auch seit dem Eintritt des Gesetzes vom 6. November 1843, welches bekanntlich (in § 15, 5^{b}) die Grunddienstbarkeiten ausdrücklich von der Eintragung ausschloß und von den persönlichen Dienstbarkeiten in § 16, 7 nur den Nießbrauch und zwar in einer Art und Weise erwähnte, welche mindestens zu dem Zweifel, ob es bei diesem der Eintragung zur Entstehung des dinglichen Rechtes bedürfe, berechtigen konnte, gemachten Erfahrungen haben ein praktisches Bedürfniß, in dieser Hinsicht von dem bisherigen Rechte abzugehen, nicht erkennen lassen, umsoweniger als nach dem B. G.-B. der Begriff der Grunddienstbarkeiten fester bestimmt und enger begrenzt worden ist, als dieß zeither bei der mißverstandenen Lehre von sog. deutschrechtlichen Servituten zu geschehen pflegte, somit aber der Einfluß, welchen das Bestehen einer Grunddienstbarkeit auf den Werth des Grundstückes äußern kann, von keiner besonderen Erheblichkeit ist. Es trat hinzu, daß die Ermittelung der bereits bestehenden Servituten zum Behufe ihrer Uebertragung in die Grundbücher mit wesentlichen Schwierigkeiten und mit Zeitverlust verbunden gewesen sein würde, wenn aber von dieser Uebertragung hätte abgesehen werden sollen, in Betreff der vor und nach dem Eintritt des B. G.-B. entstandenen Grunddienstbarkeiten verschiedenes Recht gegolten haben würde.

Andere Rücksichten traten bei den persönlichen Dienstbarkeiten ein, welche, sofern die dadurch ertheilten Befugnisse über den Inhalt einer Grunddienstbarkeit hinausgehen, allerdings, z. B. namentlich der Nießbrauch, eine wesentlichere Beschränkung des Eigenthümers in der Benutzung des Grundstückes zur Folge und somit auch einen größeren Einfluß auf den Werth des letzteren haben, nicht zu gedenken der Collisionen, welche zwischen den Rechten der Hypothekengläubiger eintreten können. Demnach ist es angemessen und

1. Vergl. §§ 143. 224. 278. 409. 451. 463. 465. 646. 1124. 1134. 1224. 2514. 2530.
2. S. 459 folg. der Meinholdschen Ausgabe.

zweckmäßig, daß auf diese persönlichen Dienstbarkeiten das Ingrossationssystem nach §§ 569 u. 646 in so weit angewendet worden ist, als die Eintragung derselben in das Grundbuch erforderlich ist, wenn sie gegen Dritte, welche nach Bestellung der persönlichen Servitut das Eigenthum oder ein sonstiges, durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch begründetes Recht erworben, oder eine Grunddienstbarkeit eingeräumt erhalten haben, Wirksamkeit äußern sollen. Als eine Consequenz davon ist es zu bezeichnen, daß bei den persönlichen Dienstbarkeiten keine Ersitzung stattfindet. In dieser Hinsicht noch einen Unterschied zwischen persönlichen Dienstbarkeiten, welche nach § 646 der Eintragung überhaupt nicht bedürfen und bei welchen diese Eintragung zu dem bereits erwähnten Zwecke erforderlich ist, zu machen und bei jenen die Ersitzung zuzulassen, wäre schon deshalb bedenklich gewesen, weil die Frage, ob die während der Ersitzungszeit vorgekommenen Besitzhandlungen sich innerhalb der Grenzen einer Grunddienstbarkeit verhalten, mannigfachen Zweifeln unterliegen würde.

Die Vorschrift des § 276, daß es zur Erwerbung des Eigenthums an Grundstücken neben der Eintragung nicht noch der Erwerbung des Besitzes bedürfe, stimmt mit der Vorschrift in § 2 des Hypothekengesetzes überein. Der Besitz selbst wird durch die Eintragung nicht erworben und die persönliche Verpflichtung des Auctors zur Uebergabe in ihren sonstigen rechtlichen Consequenzen nicht aufgehoben. Die Form der Eintragung so wie überhaupt die Form und die Führung der Grundbücher ist reglementärer Natur und gehört nicht in das B. G.-B. Die durch das Hypothekengesetz eingeführte, wenigstens in Sachsen allgemein bekannte Form derselben ist so beschaffen, daß sie den Bestimmungen des Gesetzbuches vollkommen genügen wird. Die speciellen Vorschriften enthält die provisorische Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865, welche laut Verordnung vom 3. August 1868 mit einigen Abänderungen die vorbehaltene ständische Genehmigung erlangt hat.

Die vollständige und ausnahmelose Durchführung des in § 276 ausgesprochenen Grundsatzes ist für jetzt noch beanstandet worden, indem § 7 der Ein- und Ausführungsverordnung zum B. G.-B. die Bestimmung enthält, daß für die nach § 153 des Gesetzes vom 6. November 1843 bisher von der Aufnahme in die Grundbücher ausgeschlossenen geistlichen Güter und Gemeindegrundstücke Folien angelegt werden sollen, wenn deren Anlegung von den Eigenthümern beantragt wird, wegen Anlegung von Folien für die Staatsgüter aber besondere Anordnung abzuwarten sei. Demnach werden auch künftig noch, auf die Dauer eines zum Voraus noch nicht zu bestimmenden Zeitraumes, Grundstücke existiren, auf welche, weil sie keine Folien haben, die auf dem Ingrossationssysteme basirenden Vorschriften des B. G.-B. nicht allenthalben Anwendung leiden und hinsichtlich deren bei Anlegung der Folien die Eigenthumsverhältnisse noch nach älterem Rechte zu beurtheilen sind. Ein Dritter kann aber das Eigenthum an einem solchen Grundstücke nur durch Eintragung in das Grundbuch erwerben, es muß daher, wenn dieß geschieht, oder das Grundstück von seinem dermaligen Eigenthümer mit Rechten belastet werden soll, zu deren Entstehung oder Wirksamkeit gegen Dritte die Eintragung nöthig ist, zu diesem Behufe vorerst ein Folium für dasselbe angelegt werden.

---

§ 277. Einen Rechtsgrund zur Eigenthumserwerbung geben: auf Eigenthumsübertragung gerichtete Rechtsgeschäfte unter Lebenden, richterliche Entscheidung, Erbfolge, Vermächtniß und Anwartschaft.

Die Rechtsgründe, aus welchen die Erwerbung des Eigenthums an Grundstücken durch die Eintragung des Erwerbers als Eigenthümers in das Grundbuch erfolgt, beruhen nach dem § entweder auf Privatwillen — Rechtsgeschäften unter Lebenden, letztwilligen

Verfügungen — auf gesetzlicher Erbfolge, oder auf richterlicher Entscheidung. Diese kann, bei dem iudicium divisorium, aber auch dann in Betracht kommen, wenn ein auf Privatwillen beruhender Erwerbungsgrund durch richterliche Entscheidung anerkannt und festgestellt worden ist. Letzterenfalls gewährt die rechtskräftige Entscheidung zwar keinen neuen, aber doch einen selbständigen Rechtsgrund (vergl. § 176 folg.). Die Vermächtnißnehmer und Anwärter haben auf Grund der letztwilligen Verfügung nur einen persönlichen Anspruch auf Erwerbung des Eigenthums an den ihnen beschiedenen Grundstücken. Bei den Erben verhält es sich mit dem Rechtsgrunde anders. Bei diesen nämlich ist davon auszugehen, daß die Gesammtheit des Vermögens einer Person nach deren Tode noch fortdauert, daß in diesem Vermögen auch die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers fortlebt und in der Person des Erben ein physisches Organ findet. Es wird also das Eigenthum, welches der Erblasser an einem Grundstücke durch Eintragung erworben und bei seinem Tode noch hatte, durch diesen Tod nicht aufgehoben, das Grundstück wird nicht herrenlos — vergl. auch § 294 — und der Erbe erwirbt daran kein neues Eigenthum, sondern setzt das Eigenthum des Erblassers fort. Hiernach läßt sich die nach dem Ingrossationssystem und zur ordnungsmäßigen Führung der Grundbücher allerdings erforderliche Umschreibung der erbschaftlichen Grundstücke auf den Namen des Erben nur als eine dingliche, im Grundbuche verlautbarte Sachlegitimation auffassen, deren es übrigens nach § 2286 nicht einmal in allen Fällen zur Disposition des Erben über die erbschaftlichen Grundstücke bedarf.

---

§ 278. Ist die Eintragung in Folge eines nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgrundes geschehen, so ist der eine Betheiligte gegen den anderen berechtigt, die Löschung der Eintragung zu verlangen. Sind Dritte später als Eigenthümer eingetragen worden, so kann eine Löschung ihrer Eintragung nur verlangt werden, wenn sie zur Zeit derselben von der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgrundes der früheren Eintragung Kenntniß hatten.

Motive. In diesem § ist, wie mit Rücksicht darauf, daß es sich hier blos um die zum Eigenthumserwerbe an Grundstücken erforderliche Eintragung in das Grundbuch handelte, geschehen mußte, blos ein einzelner, aus dem Principe der Oeffentlichkeit hervorgehender Folgesatz aufgenommen worden. Dieser Folgesatz ist der, daß, wenn die Eintragung des Eigenthümers in Folge eines nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgrundes geschehen, nicht etwa die Eintragung als nichtig oder anfechtbar zu betrachten ist, sondern blos ein persönliches Rechtsverhältniß zwischen den Interessenten besteht und, wenn später ein Dritter als Eigenthümer eingetragen worden ist, die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des der Eintragung seines Auctors unterliegenden Rechtsgrundes lediglich dann dem Dritten gegenüber geltend gemacht werden kann, wenn dieser zu der Zeit, wo er als Eigenthümer eingetragen worden ist, von der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der früheren Eintragung Kenntniß gehabt hat. Der erste auf die unbedingte Gültigkeit der Eintragung selbst bezügliche Theil dieses Satzes liegt in dem Principe der Oeffentlichkeit. Soviel dagegen die rücksichtlich des Dritten gemachte Ausnahme angeht, so war es nöthig, in Fällen, wo z. B. die Nichtigkeit der Eintragung des Auctors des Dritten auf der Incompetenz des Richters, welcher die Eintragung vorgenommen hat, oder auf der Inhabilität des Geschäftes zur Eigenthumsübertragung, oder auf der Dispositionsunfähigkeit des Auctors des Dritten beruht, dem Ver-

äußerer gegen den Dritten dann die Anfechtung der Eintragung zu gestatten, wenn dieser sich in dolo befunden hat, weil ohne diese Aushülfe das Princip der Oeffentlichkeit weiter reichen würde, als der Zweck desselben, den Verkehr mit Immobilien zu sichern, erfordert. Die Bestimmung wegen des Dritten kann in so fern bedenklich erscheinen, als erstens schon die bloße Kenntniß von dem vorhandenen Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrunde als dolus gelten soll, und als zweitens dem Veräußerer im Falle eines dolus des Dritten ein Recht, die Wiederherausgabe des Immobiles zu verlangen, eingeräumt wird. Man könnte sich nämlich hiergegen darauf beziehen, daß sich das Verhältniß bei den Mobilien weit günstiger für den Dritten gestalte, indem bei diesen nicht jede Kenntniß des Erwerbers um die Rechte eines Anderen auf die Sache als dolus gelte, auch im Falle eines solchen dolus blos ein persönlicher Anspruch auf Entschädigung begründet sei, welcher sich nur möglicherweise auf Wiederherausgabe der Sache steigern könne. Indessen wird dieser Zweifel sich erledigen, wenn man erwägt, daß erstens in jenen Fällen des Verkaufs von Mobilien Ansprüche Dritter auf die verkaufte Sache in Frage sind, während es sich hier um das Recht des ursprünglichen Eigenthümers des veräußerten Immobiles handelt, zweitens dort bloße persönliche Rechte bestehen, während es hier auf die Sicherstellung von Rechten ankommt, welche, wenigstens in der Regel, bei Mobilien zur Vindication berechtigen würden, bei Immobilien aber wegen des Principes der Oeffentlichkeit auf bloße persönliche Rechte herabsinken, endlich drittens dort dem Interesse des Berechtigten durch Leistung einer Entschädigung genügt werden kann, während hier der frühere Zustand, auf dessen Wiederherstellung es abgesehen ist, lediglich durch Wiederherausgabe des Immobiles selbst vollständig wiederhergestellt werden kann. Soviel insbesondere das zuerst angegebene charakteristische Unterscheidungsmerkmal betrifft, so tritt dasselbe insbesondere klar hervor, wenn man sich verdeutlicht, daß durch die Vorschrift des gegenwärtigen § keineswegs etwa ausgesprochen worden ist, es könne dann, wenn Jemand ein Immobile gekauft habe und als Eigenthümer eingetragen worden sei, von Demjenigen, welcher das Immobile früher gekauft hat, mit Beziehung darauf, daß der zweite Käufer von dem ersten Kaufe Kenntniß gehabt habe, auf Herausgabe des Immobiles geklagt werden. Denn dieser Fall ist unter die Bestimmung des gegenwärtigen § nicht zu subsumiren; vielmehr finden auf denselben die allgemeinen Grundsätze über die Verbindlichkeit zum Schadenersatze aus unerlaubten Handlungen Anwendung; es würde sogar in diesem Falle der Tradition, welche bei Mobilien zur Vindication berechtigen könnte, irgend ein Einfluß auf die Beurtheilung nicht zuzugestehen sein.

In den Fällen, wo dem dritten Erwerber eines Immobiles ein dolus zur Last fällt, eine kurze Verjährung eintreten zu lassen, trug man Bedenken, weil durch die Möglichkeit des persönlichen Anspruches wider den Erwerber der Verkehr mit dem Immobile so lange nicht gehindert wird, als nicht eine darauf gegründete Protestation eingetragen worden ist; es werden daher die allgemeinen Grundsätze über Klagenverjährung darauf anzuwenden sein.

Die Frage, in wie weit der Richter, welcher bei der Eintragung des Eigenthümers Etwas versehen hat, ersatzpflichtig sei, ingleichen, in wie weit der Staat die Versehen der Gerichte zu vertreten habe, gehört nicht hierher.

Es ist hier auf die Bemerkungen zu § 276 zu verweisen. Der § 278 betrachtet es als einen dolus des Dritten, wenn dieser zur Zeit seiner Eintragung von der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgrundes der früheren Eintragung Kenntniß gehabt hat.

Daß, wie die Motive bemerken, der § den Fall nicht trifft, wenn der Dritte gewußt hat, daß der eingetragene Eigenthümer mit einer dritten Person über dasselbe Grundstück bereits einen Veräußerungsvertrag abgeschlossen habe, geht schon aus dem Wortlaute des § hervor. Denn das Bestehen eines solchen früheren Vertrages macht die spätere Veräußerung an sich weder zu einem nichtigen, noch zu einem anfechtbaren Rechtsgeschäfte, es würde vielmehr nach § 764 die auf Grund der letzteren erfolgte Eintragung des zweiten Erwerbers für den ersten Käufer zunächst einen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Mitcontrahenten, welcher sich außer Stand gesetzt hat, die vertragsmäßige Leistung zu gewähren, unter Umständen, bei arglistigem Verfahren des Dritten, aber auch einen nach § 773 folg. zu beurtheilenden Anspruch dieser Art gegen den letzteren zur Folge haben.

Zu bemerken ist noch, daß, während das Gesetz vom 6. November 1843, § 22 keine ausdrückliche Bestimmung darüber enthält, welcher Zeitpunkt für den „guten Glauben" maßgebend sein solle, der § 278 als den Zeitpunkt, auf welchen es hinsichtlich „der Kenntniß von der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgrundes" ankommt, die Zeit der Eintragung des Dritten bestimmt. Dasselbe ist auch in Bezug auf das Erforderniß des guten Glaubens im Sinne des Hypothekengesetzes in der bisherigen Praxis angenommen worden[1].

Ueber die rechtliche Natur der bei Nichtigkeit der Veräußerung selbst anzustellenden Klagen vergl. man die Bemerkungen zu § 256.

---

§ 279. Eigenthum an Grundstücken kann nicht durch Ersitzung erworben werden.

Motive. Die Vorschrift dieses §, daß Eigenthum an Grundstücken durch Ersitzung nicht erworben werden kann, ist, nachdem, wie oben gesagt worden, auch für Staatsgüter, geistliche Güter und Gemeindegrundstücke das Ingrossationssystem gilt, eine ausnahmslose. Der § 28 des Gesetzes vom 6. November 1843 enthielt zwar diesen Satz ebenfalls; es war aber derselbe in § 1 der Verordnung vom 15. Febrar 1844 eingeschränkt worden und darüber, wie beide Gesetzstellen mit einander zu vereinigen wären, Meinungsverschiedenheit entstanden. Man behauptete, daß nach diesen Gesetzen noch Fälle denkbar wären, in welchen, auch selbst abgesehen von den dem Ingrossationssysteme nicht unterworfenen Grundstücken, Eigenthum durch Ersitzung erworben werden könnte, z. B. bei derelinquirten Grundstücken, bei Regulirung von Grenzstreitigkeiten, in Verhältnissen zwischen dem Eigenthümer, welcher sein Grundstück verkauft und übergeben habe, ohne daß jedoch der Käufer als Eigenthümer eingetragen worden sei, und denjenigen Personen, welche wieder von diesem Käufer gekauft haben. Alle diese Zweifel sind durch das Gesetzbuch für die Zukunft beseitigt. Wenn das Ingrossationssystem auch bei Staatsgütern, geistlichen Gütern und Gemeindegrundstücken eingeführt sein wird, so lassen sich Grundstücke, welche kein Folium im Grundbuche haben, nicht denken. Der engere und eigentliche Begriff einer herrenlosen Sache findet schon gegenwärtig in Sachsen auf Grundstücke keine Anwendung. Soviel dagegen die Dereliction betrifft, so ist durch die Vorschrift § 305 des Entwurfs (§ 294 des B. G.-B.) der Gefahr, daß ein Grundstück herrenlos werden möchte, vorgebeugt. Bei Grenzstreitigkeiten endlich ist nach § 376 des Entwurfs

1. Vergl. die in der a. Zeitschr. f. Rechtspflege ꝛc. N. F. Bd. 17, S. 458 abgedruckte Entscheidung.

(§ 365 des B. G.-B.) zwar auf den Besitzstand der Interessenten zu sehen, dieser braucht aber nicht gerade den Erfordernissen der Ersitzung zu entsprechen.

Der § stellt einen Grundsatz allgemein fest, welchen bereits das Hypothekengesetz vom 6. November 1843, §§ 2. 4. 5 und 28 anerkannt hat, obschon die zu § 226 erwähnte Vorschrift in § 1 der Ausführungsverordnung vom 15. Febr. 1844 so gehalten war, daß sie wenigstens Zweifel gegen den Ausschluß der Ersitzung bei Immobilien erregen und zu der Meinung Anlaß geben konnte, daß bei Immobilien unter gewissen Umständen die Ersitzung wenigstens als Rechtstitel wirksam sei. Daß die Ersitzung bei Grundstücken mit dem Ingrossationssysteme nicht zu vereinigen ist, folgt schon daraus, daß die Grundbücher den sicheren Nachweis über die Eigenthumsverhältnisse, die für den Realcredit so wichtige feste Basis für den Verkehr, nicht geben könnten, wenn es möglich wäre, daß eine nicht eingetragene Person ein Eigenthum am Grundstücke erlangt haben könnte. Ueber das Verhältniß der Grundstücke, welche noch kein Folium haben, vgl. man die Bemerkungen § 276.

---

§ 280. Berechtigungen, welche ein Folium im Grundbuche erhalten haben, werden rücksichtlich ihrer Erwerbung nach den vom Eigenthume an Grundstücken geltenden Vorschriften beurtheilt.

Motive. Die Festsetzung der Voraussetzungen und Bedingungen, unter welchen für solche Berechtigungen, wie sie hier angegeben werden, besondere Folien anzulegen sind, bleibt der Grund- und Hypothekenordnung vorbehalten.

Nach § 108 der Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865 und § 11 der Ein- und Ausführungsverordnung zum B. G.-B. hängt es von der Bestimmung des Justizministeriums ab, ob für Berechtigungen der in §§ 59. 280. 661 gedachten Art ein besonderes Folium angelegt werden soll. Von den Berechtigungen, welche in § 14 des Gesetzes vom 6. November 1843 und § 4 der Ausführungsverordnung vom 15. Februar 1844 als solche benannt werden, für welche, bez. mit Genehmigung der Oberbehörde, ein Folium angelegt werden könne, sind, mit Rücksicht auf das Ablösungsgesetz vom 15. Mai 1851, das Gewerbegesetz vom 15. October 1861 und das Gesetz, die Entschädigung wegen Wegfall gewisser Verbietungsrechte betr. von demselben Tage, Zinsberechtigungen und Gewerbsberechtigungen hier füglich zu übergehen. Die Vorschriften des § 280, lassen sich im Allgemeinen nur auf solche, nutzbringende Rechte an fremden Grundstücken beziehen, welche weder mit dem Besitze eines eigenen Grundstücks verbunden, noch an die Person des Berechtigten geknüpft sind und deshalb als veräußerliche und vererbliche Rechte erworben werden können und dahin kann man gegenwärtig außer den in § 661, gedachten Bau- und Kellerrechten, vorzugsweise die Rechte zum Abbau der auf oder unter fremdem Grund und Boden befindlichen Fossilien rechnen. Abgesehen von dem Regalbergbau ist das wichtigste von diesen Rechten das Recht zum Abbau der Kohlen, rücksichtlich dessen besondere gesetzliche Vorschriften bestanden, welche neuerlich durch das revidirte Berggesetz vom 16. Juni 1868 nicht unwesentliche Veränderungen erfahren haben. Es möge hierüber Folgendes kürzlich erwähnt werden. Nach dem Mandate, die Gewinnung der Stein-, Erd- und Braunkohlen und des Torfes vom 10. September 1822 und dem Oberlausitzer Mandate, die Gewinnung der Stein-, Erd-, Schwefel-, Braunkohlen und des Torfes betr. vom 2. April 1830, §§ 3. 23. 29 bedurfte der Vertrag, vermöge dessen der Grundeigenthümer einem Dritten das Recht zum Abbau von Stein- oder unterirdisch zu gewinnenden Braunkohlen überließ, der obrigkeitlichen Bestätigung. An die Stelle der letzteren trat nach dem Gesetze vom 6. Novbr. 1843, § 10 und der Gerichts-

ordnung vom 9. Januar 1865, § 114, 5 und § 124, 8 die Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch auf dem Folium der abbaupflichtigen Grundstücke. Diese war, ebenso wie die in den angezogenen Mandaten erforderte „Confirmation", Bedingung für die Entstehung des dinglichen Rechtes. Obschon aber durch diese ein veräußerliches oder vererbliches Abbaurecht entstand, waren doch weitere Verfügungen über das letztere von der Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch auf dem Folium des abbaupflichtigen Grundstücks ausgeschlossen, vielmehr traten diese Abbaurechte erst dann vollständig unter das Ingrossationssystem, wenn für dieselben ein besonderes Folium angelegt worden war.[1] Durch das revidirte Berggesetz (§ 182) sind die erwähnten beiden Kohlenmandate, mit Ausnahme einzelner hierher nicht gehöriger Bestimmungen, aufgehoben und es ist in §§ 4 und 48 das Recht zum Abbau von Stein- und Braunkohlen (ohne Unterscheidung der technischen Art und Weise der Gewinnung) als ein durch Vertrag mit dem Grundeigenthümer zu begründendes Bergbaurecht bezeichnet worden. Nach § 48 ist für jedes vom Staate verliehene oder vom Grundeigenthümer ohne Beschränkung auf eine bestimmte Zeit eingeräumte Bergbaurecht, also auch für das Recht zum Kohlenbaue, auf Antrag des Berechtigten ein Folium im Grund- und Hypothekenbuche anzulegen, und das Vorhandensein dieses Folium wird zur gänzlichen oder theilweisen weiteren Veräußerung des Bergbaurechtes und zur Bestellung dinglicher Rechte an demselben vorausgesetzt. Die Genehmigung des Justizministeriums ist nicht erforderlich, es ist aber auch die zuletzt erwähnte Vorschrift, wie sich aus den Bestimmungen in §§ 45. 47 der Ausführungsverordnung vom 2. December 1868 erkennen läßt, nicht etwa so zu verstehen, als ob der Abschluß eines Veräußerungsvertrages über ein bereits erworbenes Bergbaurecht unzulässig oder rechtlich unwirksam sei, wenn für das letztere ein Folium im Grund- und Hypothekenbuche noch nicht bestehe. Der Sinn des Gesetzes ist vielmehr der, daß, ebenso wie bei der Veräußerung von Grundstücken, die Ausführung des Vertrages durch Uebertragung des dinglichen Rechtes nur durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch geschehen kann, dazu aber das Bestehen, beziehendlich die Anlegung eines Folium nöthig ist. Deshalb sollen auch nach § 45 der Ausführungsverordnung die Vertragschließenden dafür besorgt sein, daß binnen der im § 198 der Ger.-Ordn. vom 9. Januar 1865 festgesetzten Frist die über den Veräußerungsvertrag abzufassende Urkunde bei der Grund- und Hypothekenbehörde eingereicht, und, dafern für das Bergbaurecht ein Folium noch nicht besteht, ein solches angelegt und die Eintragung des Erwerbers nachgesucht werde.[2] Angehend aber den Vertrag, durch welchen der Grundeigenthümer einem Dritten ein Recht zum Kohlenabbau überläßt, so wird zwar in dem Berggesetze das Erforderniß der Bestätigung oder Eintragung desselben nicht speciell erwähnt, allein der § 49 des Gesetzes sagt ausdrücklich, daß die Einräumung eines Bergbaurechtes Seiten des Grundeigenthümers nach den für Grundstücksabtretungen geltenden allgemeinen Vorschriften (§§ 419. 420. 513. 514 des B. G.-B.) zu behandeln sei und hieraus folgt von selbst, daß das eingeräumte Abbaurecht von dem Folium des betr. Grundstücks abgeschrieben werden muß (vergl. auch § 114. 1, 5 der Ger.-Ordn. vom 9. Januar 1865). Wenn daher auch gegenwärtig dem auf dem Folium des abbaupflichtigen Grundstücks zu bewirkenden Eintrage nicht mehr die doppelte Function einer Vertragsbestätigung und einer Abtrennung beigelegt werden soll, so ist derselbe doch nicht zu umgehen, wenn das Abbaurecht aus den Eigenthumsbefugnissen des Grundstücksbesitzers als ein selbständiges Recht ausscheiden soll. Die bis-

1. Vergl. die Bekanntmachung des Justizministeriums vom 31. Mai 1851 (Gesetz- und Verordn.-Bl. 1851, S. 95). Siegmann, Grund- und Hypothekenrecht S. 45 folg.

2. Näheres über das Verfahren dabei enthalten die §§ 45—49 der angezogenen Ausführ.-Verordn. vom 2. December 1868.

her besprochenen Bestimmungen des Berggesetzes und der Ausführungsverordnung dazu betreffen auch die zum Erz- und Regalbergbau gehörigen, auf Verleihung beruhenden Bergbaurechte, deren Gegenstand die sog metallischen (wegen ihres Metallgehaltes nutzbaren) Mineralien, das Steinsalz und die Salzquellen bilden.

In Ansehung der Abbaurechte von solchen Fossilien, welche weder zu dem Erz- und Regalbergbau, noch zu dem durch das Berggesetz regulirten Kohlenabbau gehören, aber ebenfalls als veräußerliche und vererbliche Rechte vorkommen, z. B. das Recht zum Kalk- oder Schieferbrechen, zum Graben von Torf, Porzellanerde u. s. w., bestand eine Verschiedenheit der Meinungen darüber, ob für diese ein besonderes Folium mit Genehmigung der Oberbehörde angelegt werden könne, und ob es bei ihnen zur Begründung des dinglichen Rechtes einer Eintragung, wie bei dem Rechte zum Abbau der Steinkohlen und der unterirdisch zu gewinnenden Braunkohlen, bedürfe. Das Justizministerium entschied sich in einer Verordnung vom 19. April 1861 (Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle v. J. 1861, S. 454) für die Zulässigkeit der Eintragung und wohl auch der Folienanlegung, damit war aber die Frage noch nicht gelöst, ob die Eintragung auf dem Folium des abbaupflichtigen Grundstücks erforderlich sei, um ein dingliches, dem Verkehre unterliegendes Recht im Sinne von § 14 des Gesetzes vom 6. November 1843 zu schaffen, oder, welche Bedeutung man derselben beizulegen habe, wenn sie nicht nöthig, sondern nur zuläßig sei. Richtiger und consequenter als das Gesetz vom 6. November 1843, welches diese Abbaurechte nicht erwähnt, ist die Ger.-Ordn. vom 9. Januar 1865 zu Werke gegangen, welche (vergl. § 114, 1. 5 und § 124, 8) die Eintragung rücksichtlich aller Abbaurechte anordnet. Denn diese ist, wenn auch nicht aus dem Gesichtspunkte der in den Mandaten vom 10. Septbr. 1822 und 2. April 1830 erwähnten Confirmation, so doch wegen der Abtrennung des Abbaurechtes von dem Eigenthume des abbaupflichtigen Grundstücks erforderlich, um ein, außer dem Bereiche bloßer Dienstbarkeiten liegendes, selbständiges Recht zu schaffen. Die Weiterveräußerung ist bei diesen Abbaurechten nicht von dem Bestehen eines besonderen Folium abhängig und es findet auch bei der Weiterveräußerung dieser Rechte eine Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch nicht statt, so lange für dieselben noch kein Folium besteht.

In Beziehung auf alle derartige Rechte ist aber noch auf die Bestimmung des § 495 hinzuweisen, nach welcher dieselben nur dann, wenn sie ein Folium im Grund- und Hypothekenbuche haben, verpfändet werden können, wie dieß im Betreff der Bergbaurechte in § 48 des Berggesetzes noch besonders vorgeschrieben worden ist. Es muß daher, wenn ein solches Pfandrecht bestellt werden soll, die Anlegung des Folium vorangehen, wozu, mit Ausnahme der Bergbaurechte, die Genehmigung des Justizministeriums einzuholen ist. Ueber das Bau- und Kellerrecht vergl. man noch die Bemerkungen zu § 661. Anlangend endlich die Steinbrüche, so wird man dieselben, in so fern sie auf dem Rechte, Steine auf fremdem Boden zu brechen, bestehen, zu den in § 280 gedachten Berechtigungen, für welche, sofern sie nicht schon seither ein Gegenstand besonderer Verleihung gewesen[1], mit Genehmigung des Justizministeriums besondere Folien angelegt werden, zählen können.

1. Vergl. § 14 des Gesetzes vom 6. November 1843.

2. Zum Theil von dieser Darstellung abweichende Ansichten sind v. Wächter, Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät, Bd. I, S. 174 folg. aufgestellt worden.

II. Zuwachs bei Grundstücken.

§ 281. Verläßt ein Fluß, dessen Bett nicht im Privateigenthume ist, sein Bett ganz, oder bildet sich in demselben eine Insel, so wächst das Eigenthum daran den Eigenthümern der anliegenden Ufer nach der Länge ihrer Grundstücke dergestalt zu, daß die von den beiderseitigen Ufern aus zu bemessende Mittellinie die Grenze bildet, bis zu welcher das Bett oder die Insel den Eigenthümern des einen und des anderen Ufers zufällt.

Motive. Wie bereits in den allgemeinen Motiven bemerkt worden ist, wird seit längerer Zeit an einem umfassenden Gesetze über die Benutzung der fließenden Wässer gearbeitet. Wenn schon an sich bei jedem Gesetze, welches das Recht der fließenden Wässer zum Gegenstande hat, eine scharfe Trennung der dabei einschlagenden, zur polizeilichen oder administrativen Erwägung gehörigen Punkte von den der Aufstellung durch die Justizgesetzgebung anheimfallenden Principien nothwendig ist, so war dieß bei Abfassung des Civilgesetzbuches um so nothwendiger, als dabei vorzüglich auch darauf gesehen werden mußte, daß nicht durch irgend welche Vorschriften dem oben angegebenen umfassenden Gesetze vorgegriffen würde. Man hat sich deshalb auf die in §§ 292. 293 des Entwurfs (§§ 281. 282 des B. G.-B.) angegebenen Gegenstände: namentlich die insula in flumine nata, den alveus derelictus und die alluvio beschränkt, indem man der Ueberzeugung lebte, daß dieß Gegenstände wären, welche eine rein privatrechtliche Natur hätten, daher auf der einen Seite in dem Gesetzbuche, ohne daß sich eine nachtheilige Lücke zeigte, nicht unberührt bleiben könnten, auf der anderen Seite hier durch Bestimmungen geregelt werden müßten, welche auch für die beabsichtigte umfassende Wassergesetzgebung maßgebend wären. Auch stand dieser Auffassung das Bedenken, daß die Frage, welche Flüsse zu den öffentlichen gehörten und wie der Begriff der öffentlichen Flüsse zu bestimmen wäre, in das öffentliche Recht einschlägt, nicht hindernd entgegen, indem sich die Vorschriften, welche man hier aufzunehmen angemessen fand, so fassen ließen, daß jene Frage dem öffentlichen Rechte vorbehalten blieb.

Zu dem Einzelnen hat man Nachstehendes zu bemerken:

1) Die Verhältnisse der Privatflüsse hat man übergangen, weil die allgemeinen Grundsätze über das Eigenthum stets ausreichende Entscheidungsnormen darbieten werden, wenn in diesen Flüssen Inseln entstehen oder die Ufer an denselben sich erweitern.

2) Mit der Wendung: „Flüsse, deren Bett sich nicht im Privateigenthume befindet“ hat man in beiden §§ die öffentlichen Flüsse bezeichnen wollen. Dabei macht man darauf aufmerksam, daß, sofern Flüsse sich im Eigenthume des Staates befinden, von dem Zeitpunkte an, wo der § 287 des Entwurfs (§ 276 des B. G.-B.) in Kraft tritt, das Bett derselben in das Grundbuch einzutragen sein wird.

3) Die Vorschrift, daß der alveus derelictus und die insula in flumine nata den angrenzenden Uferbesitzern nach der Flußmittellinie zufallen, stimmt mit dem gemeinen Rechte überein. Uebrigens versteht sich, daß, wenn das Bett von dem Flusse verlassen wird, oder eine Insel im Flusse entsteht, keine eigentliche communio zwischen den angrenzenden Uferbesitzern entsteht, sondern das Land sofort als nach der Flußmittellinie ipso jure getheilt zu betrachten ist.

Auf Grund einiger älterer Gesetze[1], in denen gewisse, jetzt nicht mehr sämmtlich zum K. Sächs. Staatsgebiete gehörige Flüsse als „öffentliche" bezeichnet werden, hatte sich die Ansicht gebildet, daß diese Flüsse einschließlich ihrer Flußbetten, im Privateigenthume des Staates seien. Ob dieß richtig und nicht vielmehr anzunehmen sei, daß dem Staate an diesen sog. öffentlichen Flüssen nur gewisse, unter den Begriff der Regalien fallende ausschließliche Verfügungs- und Benutzungsrechte zustehen, braucht hier nicht erörtert zu werden, da, wie bereits in den Motiven bemerkt ist, die Frage, welche Flüsse zu den öffentlichen zu rechnen seien, und wie dieser Begriff überhaupt festzustellen, durch das B. G.-B. nicht entschieden werden sollte. Wesentlich für die Anwendung der §§ 280—283 ist es, daß sich dieselben nur auf Flüsse beziehen, welche nach den jetzt bestehenden oder künftig zu erlassenden Gesetzen für öffentliche, im Sinne des §, d. h. solche, deren Bett[2] sich nicht im Privateigenthume befindet, erklärt werden. Es gelten daher für jetzt auch noch die Vorschriften über Zueignung der in den sog. öffentlichen Flüssen neu entstehenden Heeger.[3]

---

§ 282. Tritt ein Fluß, dessen Bett nicht im Privateigenthume ist, von dem einen Ufer oder von einer Insel zurück, oder erweitert sich ein Ufer oder eine Insel durch allmälige Anschwemmung oder legt sich fremdes Land an und verwächst mit dem Ufer oder der Insel, so fällt die Vergrößerung dem Eigenthümer des Ufers oder der Insel zu.

Motive. In diesem § hat durch die Worte: „und verwächst mit dem Ufer oder der Insel" ausgedrückt werden sollen, daß die avulsio nicht sofort mit dem Momente, wo sie sich an das fremde Ufer oder die fremde Insel anlegt, sondern erst durch Verwachsung des angewälzten Stückes bewirkt wird, bis dahin also der Eigenthümer dieses Stückes zur Vindication berechtigt ist.

---

§ 283. Der Zuwachs an Land wird ohne Weiteres erworben, vorbehältlich der dadurch etwa nothwendig werdenden Aenderung der Grundstücksbeschreibung in dem Grundbuche.

Daß es bei den natürlichen und künstlichen Accessionen (vgl. § 284) der Eintragung in das Grundbuch zum Erwerbe des Eigenthums daran nicht bedarf, liegt darin, daß durch dieselben nur eine Veränderung in der facies fundi, aber keine Veränderung in den Eigenthumsverhältnissen des Grundstückes vor sich geht. Das Grundstück, als Eigenthumsobject, bleibt immer dasselbe, wenn es auch an räumlicher Ausdehnung durch Naturereignisse ab- oder zunimmt, oder ein Bauwerk darauf entsteht. In so fern aber die im Grund- und Hypothekenbuche durch Eintragung der Flurparzellennummern bewirkte Beschreibung des Grundstückes (in der ersten Rubrik des Folium) deshalb einer Aenderung oder Vervollständigung bedarf, weil wegen des Zuwachses die Parzellenbezeichnungen sich ändern, neue Parzellennummern formirt werden oder der Flächeninhalt eingetragener Par-

1. S. deren Zusammenstellung bei Haubold, Sächs. Privatrecht § 229.

2. Das fließende Wasser selbst kann, seiner natürlichen Beschaffenheit zufolge, nicht Eigenthumsobject sein. Man vergl. auch die Bemerkungen zu § 58. S. 100 folg.

3. Vergl. Haubold a. a. O. § 231, n. a.

zellen sich vermehrt, kann eine Verlautbarung dieser Veränderung (in derselben Rubrik) sich nothwendig machen.[1]

III. Verbindung beweglicher Sachen mit unbeweglichen.

§ 284. Wird mit einer unbeweglichen Sache eine bewegliche Sache dergestalt verbunden, daß sie ein Bestandtheil der ersteren wird, so erwirbt der Eigenthümer der unbeweglichen Sache das Eigenthum an dem Bestandtheile durch die Verbindung, ausgenommen wenn die Verbindung zu einem blos vorübergehenden Zwecke von einem dazu berechtigten Anderen vorgenommen worden ist.

Motive. Dieser § hat auf den Fall keine Rücksicht genommen, wo nicht in freien Grund und Boden, sondern in fremde Kübel oder Töpfe gepflanzt oder gesäet worden ist, weil kein Grund vorliegt, die Bestimmungen über die implantatio und satio, welche in den eigenthümlichen Verhältnissen des Grund und Bodens ihre Rechtfertigung finden, auch auf die angegebenen beweglichen Geräthschaften zu erstrecken.

Durch den Schlußsatz dieses § hat namentlich dem Pachter oder Miether das Recht gesichert werden sollen, Blumen, Pflanzen und dergleichen, welche er blos in seinem Interesse und somit in der Absicht, sie dereinst bei seinem Auszuge wieder auszuheben, in das Erdreich gesetzt hat, bei einem Wechsel des Eigenthumes des gepachteten oder gemietheten Grundstückes herauszunehmen, indem dem neuen Erwerber des Grundstückes in diesem Falle die Befugniß, die angegebenen Blumen, Pflanzen und dergleichen mit Berufung auf das Accessionsrecht in Anspruch zu nehmen, abgesprochen worden ist. Dieser Satz ist auch auf für vorübergehende Zwecke auf fremdem Grund und Boden errichtete Gebäude, sofern der frühere Zustand wieder herzustellen ist, und nach Befinden Schadenersatz geleistet wird, anwendbar.

Ob die am Schlusse des § gemachte Ausnahme rücksichtlich der Gebäude mit den Vorschriften des römischen Rechtes über die Inädification übereinstimme, kann man füglich auf sich beruhen lassen. Für die gegenwärtigen Verhältnisse ist sie vollkommen praktisch; denn daß es Baulichkeiten giebt, welche von Anfang an nur zu einer zeitweiligen Benutzung bestimmt und auch nur zu einer solchen eingerichtet sind, ist bekannt. Es wird nur bei der Anwendung der fraglichen Ausnahmebestimmung mit Vorsicht zu Werke gegangen und der Begriff des „vorübergehenden Zweckes" nicht zu weit ausgedehnt werden dürfen. Daß der Erbauer eines zu vorübergehenden Zwecken errichteten Bauwerkes den Grund und Boden nicht erwerben, sondern nur das Recht haben soll, dasselbe hinwegzunehmen, in so fern ihm nicht Ersatz dafür vom Grundeigenthümer gewährt wird, dürfte wohl selbstverständlich sein. Man vergl. auch § 1201.

---

§ 285. Samen wird mit der Handlung des Säens, Pflanzen und Bäume werden, wenn sie Wurzel gefaßt haben, Bestandtheil des Grundstücks.

Bei Pflanzen und Bäumen tritt der Erwerb des Eigenthums an denselben erst ein, wenn sie in dem fremden Boden Wurzel geschlagen haben, weil sie erst dann, vermöge des eingesogenen Nahrungsstoffes, als Bestandtheile des Grundstückes erscheinen.

---

1. Vergl. Gerichtsordn. vom 9. Januar 1865 § 114, 1. § 127.

§ 286. Baumaterialien sind mit ihrer Verwendung in ein Gebäude Bestandtheile desselben und ein Gebäude ist mit seiner Errichtung Bestandtheil des Grund und Bodens, auf dem es errichtet wurde.

Die Gebäude, von welchen hier die Rede ist, müssen nach § 284 eben solche sein, die mit dem Grund und Boden cohäriren und nicht blos zu vorübergehenden Zwecken errichtet worden sind.

---

§ 287. Der Eigenthümer der unbeweglichen Sache hat für die bewegliche Sache, welche er durch die Verbindung erwirbt, wenn er im redlichen Glauben war, soweit er bereichert ist, wenn er im unredlichen Glauben war, vollen Ersatz zu leisten.

Motive. Bei Gelegenheit dieses § hat man zu erwähnen, daß man der Vorschrift einiger neuerer Gesetzgebungen, nach welcher Demjenigen, der bona fide auf fremden Grund und Boden baut oder einen solchen mit Pflanzen besetzt oder besäet, alsdann, wenn der Eigenthümer des Grund und Bodens die Vergütung der Kosten des Baues oder der Anpflanzung oder der Bestellung verweigert, ein jus tollendi zusteht, die Vorschrift des gemeinen Rechtes vorgezogen, nach welcher der bona fide aedificans etc. gegen den Grundeigenthümer, soweit dieser bereichert ist, einen Anspruch hat.

Das B. G.-B. unterscheidet nicht, von wem die Verbindung ausgeht. Die Vorschriften der §§ 284—286 treten also ein, ebenso wenn der Eigenthümer des Grundstückes, als wenn der Eigenthümer der beweglichen Sache oder ein Dritter die Verbindung vorgenommen hat. Hinsichtlich der Entschädigung ist Folgendes zu bemerken: Anfänglich war der § so gefaßt, daß er sich nur auf den Fall bezog, wenn der Eigenthümer selbst die Verbindung vorgenommen hatte. Dieß wurde abgeändert und dem § die gegenwärtige Fassung gegeben, weil man beschlossen hatte, daß der in demselben vorgetragene Grundsatz auch angewendet werden sollte, wenn die Verbindung nicht von dem durch dieselbe erwerbenden Eigenthümer, sondern von einem Dritten vorgenommen worden wäre. Als ein Dritter ist dem Grundeigenthümer gegenüber auch Derjenige zu betrachten, welcher die eigene bewegliche Sache mit der fremden unbeweglichen verbunden hat, denn auch diesem hat man nicht blos ein jus tollendi einräumen wollen. Da jedoch der § 287 in seinem Wortlaute nicht alle Fälle der Ersatzfrage erschöpft, so kann man zu dessen Ergänzung die Vorschriften des § 251 über den principiell gleichen Fall der Verbindung beweglicher Sachen mit beweglichen zu Hülfe nehmen und demnach folgende Grundsätze aufstellen: a) Die Verbindung der beweglichen Sache mit der unbeweglichen ist vom Grundeigenthümer (in Person oder mit seinem Wissen und Willen durch einen Anderen) vorgenommen worden; dieser Fall wird von dem § 287 schon seinem Wortlaute nach getroffen; der Grundeigenthümer hat also, wenn er im redlichen Glauben handelte, soweit er bereichert worden ist, wenn im unredlichen Glauben, vollen Ersatz an den Eigenthümer der beweglichen Sache zu leisten. b) Die Verbindung ist von dem Eigenthümer der beweglichen Sache ausgegangen; diesem steht, war er im redlichen Glauben, ein Anspruch auf Ersatz gegen den Grundeigenthümer zu, dessen Umfang nach Anleitung des § 287 von dem redlichen oder unredlichen Glauben des Grundeigenthümers abhängt. Der letztere hat also, falls er den Eigenthümer der beweglichen Sache arglistigerweise zu der Verbindung verleitet hatte, vollen Schadenersatz zu leisten. c) Hat der Eigenthümer der beweglichen Sache sich im unredlichen Glauben be-

funden, so steht ihm gegen den Grundeigenthümer ein Ersatzanspruch nur in so weit, als die Verbindung die Eigenschaft einer nothwendigen Verwendung hat, außerdem aber lediglich das Recht zur Hinwegnahme zu, soweit dieß ohne Beschädigung der Hauptsache geschehen kann. Endlich d) ist die Ersatzpflicht des Grundeigenthümers gegen den Eigenthümer der beweglichen Sache, nach den sub b) c) gedachten Grundsätzen, auch in dem Falle zu beurtheilen, wenn die Verbindung von keinem der Betheiligten, sondern von einer anderen Person, ohne Dazwischenkunft eines Mandats oder einer Geschäftsführung, bewirkt wurde.

Die Verbindung beweglicher Sachen mit beweglichen oder unbeweglichen kann der Eigenthumsklage gegenüber auch unter die Verwendungen fallen, deren Ersatz der Beklagte vom obsiegenden Kläger, und zwar gemeinrechtlich nur mit der exceptio doli, verlangen darf. Es ist daher mit wenigen Worten noch das Verhältniß zu bestimmen, in welchem die hierauf bezüglichen Vorschriften der §§ 312—316 des B. G.-B. zu dessen Vorschriften in §§ 251. 252. 287 stehen. Faßt man die letzteren, so wie hier geschehen ist, auf, so befinden sie sich mit den ersteren ganz im Einklange. Denn die Erstattung der nothwendigen Impensen kann nach § 312 (mit Ausnahme des Diebes) jeder unredliche Besitzer verlangen; mit dem, was in § 316 über die „verhältnißmäßig nützlichen Impensen" gesagt worden ist, läßt sich nur eine Begriffsbestimmung für die Bereicherung im Sinne der §§ 251. 252. 287 finden, die unverhältnißmäßig nützlichen Impensen sind daher nach den Vorschriften dieser §§ eben so wenig, als nach den Grundsätzen des § 316, zur Erstattung geeignet, sondern es steht wegen dieser auch dem redlichen Besitzer und dem unredlichen Besitzer wegen aller nützlichen Impensen lediglich das bereits erwähnte jus tollendi zu.[1]

Kaum bedarf es schließlich noch der Erwähnung, daß die in §§ 251. 252. 287. 312. 316 enthaltenen Vorschriften da nicht allein maßgebend bleiben können, wo zwischen den Betheiligten ein obligatorisches Verhältniß durch Mandat oder Geschäftsführung bestanden hat.

Eine blos zufällige Verbindung beweglicher Sachen mit unbeweglichen läßt sich nur bei Pflanzen annehmen, welche aus verstreutem Samen entstehen. Bei dieser ist ein Ersatzanspruch nicht vorhanden.

Schließlich ist noch auf die Bestimmung in § 318 und die Bemerkungen dazu zu verweisen.

Vierter Abschnitt.

Verlust des Eigenthums.

§ 288. Das Eigenthum an einer Sache geht verloren, wenn die Sache untergeht, oder dem Verkehre entzogen wird.

Motive. Diejenige Art des Eigenthumsverlustes, welche darin besteht, daß ein Fluß durch veränderte Strömung ein dauerndes neues Flußbett erhält,

1. Die oben entwickelten Sätze stimmen zumeist auch mit den gemeinrechtlichen Vorschriften überein. Vergl. §§ 30. 32. J. de rer. div. l. 7. § 12. D. de adq. rer. dom. l. 23. § 4. l. 38. D. de rei vind. Nach Abtragung eines aus fremdem Material errichteten Gebäudes kann der Eigenthümer das Material vindiciren. So lange der Verband aber noch dauert, kann er seinen Ersatzanspruch gegen den Grundeigenthümer, welcher die Verbindung im unredlichen Glauben vorgenommen hat, mit der rei vindicatio nach den Grundsätzen des § 304, contra eum qui dolo possidere desiit, geltend machen.

wird durch diesen § in so fern getroffen, als in dem angegebenen Falle der Verlust des Eigenthumes für durch „Untergang der Sache“ herbeigeführt zu betrachten ist. Dagegen muß die allerdings mitunter zweifelhafte Frage, ob ein Fluß sein Strombett wirklich dauernd verlassen habe, aus den besonderen Verhältnissen des concreten Falles entschieden werden.

---

§ 289. Wilde Thiere und zahm gemachte Thiere werden dadurch allein, daß sie sich der Macht des Eigenthümers entziehen, nicht herrenlos, sondern erst, wenn sie ihre natürliche Freiheit wieder erlangen.

Motive. Dieser § correspondirt dem § 240 des Entwurfs (§ 229 des B. G.=B.) und es ist deshalb das zu dem letzteren Gesagte zu vergleichen.

---

§ 290. Der Eigenthümer verliert das Eigenthum einer Sache, wenn es ein Anderer erwirbt.

Motive. Unter die Bestimmung dieses § gehört auch der Fall, wenn bei einem Immobile ein anderer Eigenthümer in dem Grundbuche eingetragen worden ist; der früher eingetragen gewesene Eigenthümer verliert dadurch sein Eigenthum, vorbehältlich seiner persönlichen Ansprüche an den eingetragenen Eigenthümer oder an das Gericht, wenn diesem eine Verschuldung zur Last fällt.

---

§ 291. Hat Jemand das Eigenthum einer Sache unter einer auflösenden Bedingung oder unter Beifügung eines Endtermines auf einen Anderen übertragen, so steht ihm, wenn die Bedingung oder der Endtermin eintritt, gegen den Anderen nur eine Forderung zu; die in der Zwischenzeit Dritten eingeräumten Rechte bleiben gültig.

Motive. Nach diesem § erfolgt der Rückfall des Eigenthumes, wenn das letztere unter einer Resolutivbedingung oder unter einem Endtermine übertragen worden ist und die Bedingung oder der Endtermin eintritt, ex nunc, nicht aber ex tunc. Diese Vorschrift steht in Uebereinstimmung mit dem § 115 des Entwurfs (§ 112 des B. G.=B.), nach welchem ein unter einer Resolutivbedingung geschlossenes Rechtsgeschäft beim Eintritte der Bedingung als ex nunc resolvirt zu betrachten ist. Zwar handelt es sich hier um die Auflösung eines bestehenden Eigenthumsverhältnisses, während der § 115 des Entwurfs (§ 112 des B. G.=B.) die Wiederaufhebung eines Rechtsgeschäftes betrifft. Allein da es auch bei jener sich doch stets um die Wirkungen eines im Hintergrunde stehenden Rechtsgeschäftes handelt, so war die Bestimmung des letzteren § auch für die Fälle des obigen § maßgebend. Und da nun bei dem Rückfalle des Eigenthumes, auf Grund einer Resolutivbedingung, eine revocatio dominii ex nunc anzunehmen war, so konnte die gleiche Annahme für den Rückfall des Eigenthumes auf Grund eines der Eigenthumsübertragung beigefügten Endtermines noch weit weniger zweifelhaft sein, weil bei diesem die Absicht der Interessenten in der Regel blos dahin geht, daß nur ein obligatorisches Rechtsverhältniß zwischen ihnen bestehen

soll, und daher nur ein persönliches Klagrecht auf Rückgabe der Sache begründet ist und die inzwischen über dieselbe vom temporären Eigenthümer getroffenen Verfügungen nicht berührt werden.

Von großer praktischer Bedeutung ist die Vorschrift des § nicht. Soviel die Immobilien anlangt, so ist derselben durch die §§ 410. 589 (§§ 399. 573 des B. G.-B.) und durch das Ingrossationssystem überhaupt die Spitze gebrochen. Und soviel die Mobilien angeht, so erleidet sie durch den § 234 (§ 223 des B. G.-B.) ebenfalls erhebliche Modificationen.

Daß beim Rückfalle des Eigenthumes an einem Grundstücke im Falle des Eintrittes der Resolutivbedingung oder des ungewissen Endtermines eine anderweite Eintragung des früheren Eigenthümers, an welchen das Eigenthum zurückfällt, nothwendig sei, versteht sich von selbst, weil erst hierdurch für den Dritten der eingetretene Rückfall erkennbar und wirksam wird. Ein Zweifel wäre in dieser Beziehung nur beim dies certus möglich, weil Jeder aus dem Grundbuche selbst zu beurtheilen im Stande ist, ob der Rückfall des Eigenthumes an den früheren Eigenthümer eingetreten sei oder nicht. Indessen wird auch hier theils aus formellen Gründen, die in den Ansprüchen an formelle Genauigkeit bei Führung des Grundbuches beruhen, theils aus materiellen Gründen, die in der zu Erwerbung des Eigenthumes an Grundstücken erforderlichen Eintragung liegen, die anderweite Eintragung des früheren Eigenthümers nicht umgangen werden können, wie dieß nach § 5 des Gesetzes vom 6. Novbr. 1843 auch schon bisher Rechtens gewesen ist.

Zu diesem § und den vorstehenden Motiven ist noch das zu § 112 und zu § 223 Bemerkte zu vergleichen.

---

§ 292. Der Vorbehalt des Eigenthums zur Sicherung einer Forderung ist als Vorbehalt eines Pfandrechtes zu betrachten, dessen Entstehung nach den über dasselbe geltenden Vorschriften zu beurtheilen ist. Ist das Eigenthum zu anderen Zwecken vorbehalten worden, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Uebergang des Eigenthums auf den Anderen von einer aufschiebenden Bedingung abhängig sei.

Motive. Angehend diesen §, so ist das pactum reservati dominii, wenn damit bei der Tradition einer beweglichen Sache die Sicherung einer Forderung bezweckt wird, ohne Wirkung, weil nach den der Erl. Proceßordnung ad Tit. 44, § 2 entsprechenden §§ 477. 478 des Entwurfs (§§ 466. 467 des B. G.-B.) ein Pfandrecht an beweglichen Sachen nur als sogenanntes qualificirtes Retentionsrecht Wirkung hat.

Bei Immobilien hat das pactum reservati dominii, wenn damit die Sicherung einer Forderung bezweckt wird, blos die Wirkung des Vorbehaltes einer Hypothek; es ist daher ganz nach den Vorschriften über diese letztere zu beurtheilen.

Hat der Eigenthumsvorbehalt zu einem anderen Zwecke, als zur Sicherung einer Forderung stattgefunden, so kommt es bei der Frage, ob der Vorbehalt aus dem Gesichtspunkte einer resolutiven oder suspensiven Bedingung zu beurtheilen sei, zunächst auf die Absicht der Interessenten an. Fehlt es an einem Anhalten von dieser Seite, so spricht, ohne Unterschied, ob an Mobilien oder Immobilien das Eigenthum übertragen werden soll, die Vermuthung für die suspensive Be-

dingung; es geht also das Eigenthum erst mit dem Eintritte der Bedingung, bis zu welchem es vorbehalten worden ist, über; namentlich aber macht es keinen Unterschied, ob, wenn das pactum reservati dominii bei einem Kaufe vorkommt, das Kaufgeld bezahlt ist oder nicht. (§ 1094.)

In diesem § ist die gemeinrechtlich noch bis auf die neueste Zeit controvers[1] gebliebene Lehre von dem Wesen des pactum reservati dominii, zum Theil in Uebereinstimmung mit der schon im Hypothekengesetze vom 6. November 1843, § 32 enthaltenen Vorschrift, geregelt worden. Zu bemerken ist hierbei noch Folgendes: Der § bezieht sich auf solche Veräußerungsverträge vornehmlich über bewegliche Sachen, bei welchen sich die Betheiligten nur des Ausdruckes „Vorbehalt des Eigenthums" oder gleichbedeutender Worte bedient haben, sodaß in Ermangelung einer bestimmteren Willenserklärung die Frage entsteht, was dieselben mit diesem Vorbehalte gemeint und gewollt haben? Ist ihre Absicht dahin gegangen, daß der Veräußerer wegen einer Forderung, insbesondere wegen des unbezahlten Kaufpreises eine Sicherstellung durch die veräußerte und tradirte Sache erlange, so ist der wahre Vertragswille derselbe, welcher dem Abschlusse eines Pfandvertrages zu Grunde liegt. Es ist daher ganz consequent, daß in diesem Falle der Vorbehalt des Eigenthums als Vorbehalt — Ausbedingen — eines Pfandrechtes an der veräußerten Sache gilt und daß die Entstehung dieses Pfandrechtes nach den hierüber bestehenden Vorschriften (§§ 387. 466. 467) zu beurtheilen ist. Außer dem Falle der Sicherstellung einer Forderung, läßt sich als nächster Zweck des Eigenthumsvorbehaltes nur dieser annehmen, den Uebergang des Eigenthums ohnerachtet der Tradition aufzuschieben, oder die Zurückerwerbung des Eigenthums für den Tradenten zu vermitteln. Hier ist der Gesichtspunkt der aufschiebenden oder auflösenden Bedingung von selbst gegeben. Die Motive, welche den Veräußerer zu dem Vorbehalte bestimmen, und die Zwecke, welche er damit verfolgt, können verschiedenartiger Natur sein, und eine auch nur beispielsweise Aufzählung derselben gehört nicht in das Gesetzbuch. Immer kommt es auf den erklärten oder muthmaßlichen Willen der Parteien an. Der erste Absatz des § ist anzuwenden, wenn der Vorbehalt des Eigenthums in Verbindung mit einer vom Erwerber zu leistenden Zahlung gebracht worden ist, wie bei der sehr häufig vorkommenden Kaufsbestimmung: „Verkäufer behält sich bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises das Eigenthum vor". Haben sich die Contrahenten über einen anderen Zweck des Vorbehaltes nicht ausgesprochen und läßt sich die Absicht, die Sicherung einer Forderung damit zu erreichen, aus dem sonstigen Inhalte des Vertrages nicht nachweisen, so würde man den zweiten Abschnitt des § anzuwenden haben, sobald nur mit dem Vorbehalte des Eigenthums der Eintritt eines gewissen Ereignisses oder Zeitpunktes verbunden ist. Denn ein unbedingter und unbefristeter Vorbehalt des Eigenthums bei einem Veräußerungsvertrage würde mit dem Wesen des letzteren ganz unvereinbar sein, und, wäre er dennoch ausgesprochen worden, nur zu der Voraussetzung berechtigen, daß die Contrahenten zwar die äußere Form eines solchen Vertrages gewählt, aber in Wahrheit denselben gar nicht gewollt haben. Die in einigen Stellen des römischen Rechtes: l. 16 D. de pericul. et comm. l. 20. § 2. l. 21 D. loc. l. 20 D. de prec. und l. 3 C. de pactis int. emt. erwähnten Fälle gehören nicht zu dem sog. pactum reservati dominii, weil in denselben stets eine bestimmte Erklärung der Contrahenten, daß die Uebergabe der Sache an den künftigen Erwerber nicht zum Behufe

---

1. Sintenis, Civilrecht § 49 und not. 21; Vangerow, Pandecten § 311. v. Geyso, Zeitschr. f. Civilr. u. Prozeß Bd. V. S. 161; Dunker, Rhein. Museum Bd. V. S. 65. 160 folg.; Müller, Archiv f. d. civ. Praxis Bd. XII. S. 247 folg. und Hoffmann, ebendas. Bd. XVIII. S. 254.

des habere licere und auf Grund eines Kaufvertrages, sondern nur miethweise oder precario geschehe, vorausgesetzt wird, welchenfalls ein besonderer Vorbehalt des Eigenthums ganz überflüssig wäre. Eine besondere, selbständige Bedeutung gewinnt der Eigenthumsvorbehalt erst dann, wenn er entweder als Vorbehalt eines Pfandrechtes, oder als Bedingung bei der Eigenthumsübertragung und damit zugleich als Bedingung des Veräußerungsgeschäftes selbst aufgefaßt werden kann.)

Der § 292 entscheidet auch für unser bisheriges Recht nur eine Controverse, ohne dabei etwas wesentlich Neues einzuführen, und schließt sich ganz an die Auffassung älterer sächsischer Gesetze über den Eigenthumsvorbehalt bei Grundstücken an. (Vergl. A. P.-O. Tit. XLII, § 3. E. P.-O. ad Tit. XLII, § 7. Gesetz vom 6. Novbr. 1843, § 43, sowie Reinhardt, Ordnung der Gläubiger rc. § 20.)

Schließlich mag noch Erwähnung finden, daß bei Veräußerung von Grundstücken der Vorbehalt des Eigenthums nur als Vorbehalt der Hypothek wegen einer Forderung, oder als Resolutivbedingung vorkommen kann. Denn nach dem Ingrossationssysteme wird das Eigenthum an Grundstücken nicht durch Tradition, sondern durch Eintragung in das Grundbuch erworben. Die Wirkung der letzteren aber kann der Natur der Sache nach nicht aufgeschoben werden. Ist daher der Veräußerungsvertrag von dem Eintritte einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht worden, so muß, bis diese Bedingung eingetreten ist, die Eintragung des Erwerbers als Eigenthümer in das Grundbuch noch ausgesetzt werden. Unter einer auflösenden Bedingung kann Eigenthum an Grundstücken erworben werden (vergl. §§ 291. 399), das sog. pactum reservati dominii hat aber bei der Veräußerung von Immobilien wenig Interesse, weil die Grund- und Hypothekenbehörde, bevor sie zu einer Eintragung, welche allein Eigenthum an dem Immobile gewährt, verschreitet, jeden etwaigen Zweifel über die Absicht, welche mit einem „Eigenthumsvorbehalt" verbunden worden, durch Befragung der Contrahenten aufzuklären hat.

---

§ 293. An beweglichen Sachen verliert der Eigenthümer das Eigenthum, wenn er den Besitz derselben in der Absicht aufgiebt, nicht mehr Eigenthümer zu sein.

Motive. Eine, wenn schon modificirte, Dereliction enthält, wie zu diesem § zu erwähnen ist, auch der sog. jactus missilium. Mit der Dereliction hat der jactus missilium gemein den Willen des bisherigen Eigenthümers, nicht mehr Eigenthümer zu sein, nebst der Gleichgültigkeit, wer durch Occupation das Eigenthum erwerben könne und wolle. Ein Unterschied tritt nur darin hervor, daß der Wille des Eigenthümers bei dem jactus missilium eine positive Eigenthumsübertragung auf Denjenigen, welcher occupiren werde, bezweckt, während in der Dereliction nur das Negative, nämlich das Aufgeben des Eigenthumes vorherrscht.

Zu bemerken ist hierbei nur noch, daß zur Dereliction beweglicher Sachen die thatsächliche Aufgabe des Besitzes und die Aufgabe des Willens, Eigenthümer zu sein, gehört.

---

§ 294. Eine unbewegliche Sache bleibt, selbst wenn der Eigenthümer sie aufgiebt, im Eigenthume desselben, so lange er in dem Grundbuche eingetragen ist. Erklärt er bei Gericht, das Eigenthum aufgeben zu wollen, so ist die unbewegliche Sache als erbloses Gut zu behandeln, nachdem ein öffentlicher Aufruf der etwa Berechtigten stattgefunden hat.

Motive. Angehend diesen §, so versteht es sich, daß der Eigenthümer eines Grundstückes durch die Dereliction des letzteren von den in Beziehung auf dasselbe übernommenen persönlichen Verpflichtungen nicht befreit wird; durch die Zulassung der Dereliction eines Immobiles hat nur eine Forderung der Menschlichkeit, den Derelinquenten nicht wider seinen Willen an das Immobile, welches er nicht zu behaupten vermag, zu fesseln, erfüllt werden sollen.

Eine Art der Dereliction von Grundstücken ist die im Mandate, die Elbstrom-Ufer- und Dammordnung enthaltend, vom 7. August 1819, § 2 unter e erwähnte. Hiernach steht dem Eigenthümer eines an dem Elbstrome gelegenen Grundstückes frei, sich von diesem Grundstücke gerichtlich loszusagen, wenn der Beitrag, welchen er zu den Uferbauen zu leisten genöthigt ist, mit dem Werthe seines Grundstückes im Mißverhältnisse steht, und es fällt das derelinquirte Grundstück an die Dammgenossenschaft. Bei dieser Vorschrift hat es auch für die Zukunft sein Bewenden. Wenn aber die Dammgenossenschaft die Erwerbung des derelinquirten Grundstückes ablehnte, so würde die Bestimmung dieses § des B. G.-B. anwendbar sein.

Außer der gerichtlich erklärten Dereliction, wie sie in obigem § bezeichnet ist, noch eine factische, aus der vernachlässigten oder gänzlich unterlassenen Bestellung zu folgernde zu statuiren, hat man Bedenken getragen, weil in den hier hauptsächlich in Frage kommenden Fällen, wo die factische Aufgebung eines Grundstückes mit der Entfernung des bisherigen Eigenthümers verbunden ist, für das allgemeine Interesse durch andere Institute, z. B. die Abwesenheitsvormundschaft und Verschollenheitserklärung, ausreichend gesorgt ist. Uebrigens kann ein Eigenthümer sein Eigenthum nicht nach ideellen Theilen derelinquiren, weil dergleichen Theile nur durch Zusammentreffen mehrerer Eigenthümer entstehen. Dereliction Seiten eines Miteigenthümers ist denkbar, bewirkt aber nicht, daß dessen ideeller Theil herrenlos wird, vielmehr wächst der ideelle Theil den übrigen Miteigenthümern an (Pagenstecher a. a. O., I. 28.)

Der erste Satz dieses § bezieht sich auf den Fall, wenn der Eigenthümer eines Grundstückes dasselbe *factisch* verläßt, in der Absicht, das Eigenthum daran aufzugeben. Dieses blos factische Derelinquiren hebt das Eigenthum nicht auf, so lange der bisherige Eigenthümer als solcher noch im Grundbuche eingetragen ist. Es bleibt auch bei der gerichtlichen Dereliction das Grundstück bis zu dem Zeitpunkte, wo es als erbloses Gut nach erfolgtem öffentlichen Aufrufe dem Staate anheimfällt, ein Vermögensobject des Derelinquenten, welches von dessen Gläubigern in Anspruch genommen werden kann. Weder durch die factische, noch durch die gerichtliche Dereliction kann sich der Eigenthümer von persönlichen Verpflichtungen befreien, welche er während seiner Besitzzeit übernommen hat, jedoch gehört dazu bei der gerichtlichen Dereliction *nicht* die Verpflichtung zum Ersatze von Verwendungen[1], denn der Eigenthümer soll eben in der gerichtlichen Dereliction ein Mittel haben, das Eigenthum am Grundstücke aufzugeben, wenn er dasselbe wegen der damit verbundenen Lasten nicht behaupten kann. Erwirbt der Staat ein gerichtlich derelinquirtes Grundstück, so tritt derselbe nach § 2620 in die auf dem Grundstücke haftenden und mit dessen Besitze verbundenen Verpflichtungen ein. In Betreff der Eintragung des Staates als Eigenthümers des derelinquirten Grundstückes gelten die Vorschriften des § 2286.

---

1. Mit Ausnahme jedoch solcher, zu deren Erstattung ein besonderer obligatorischer Verpflichtungsgrund vorliegt.

Fünfter Abschnitt.

Gerichtliche Verfolgung des Eigenthums.

I. Eigenthumsklage.

§ 295. Der Eigenthümer hat die Eigenthumsklage gegen jeden Inhaber seiner Sache, welcher ihm dieselbe vorenthält, auf deren Herausgabe.

Dieser § enthält nur eine allgemeine Charakteristik der Eigenthumsklage nach ihrem Gegenstande und der Person der Parteien. Die Worte „welcher ihm dieselbe vorenthält" bezeichnen die gewöhnliche Veranlassung zur Klaganstellung.

---

§ 296. Bei Metallgeld, Papiergeld, ingleichen bei öffentlichen auf den Inhaber gestellten Werthpapieren, ausgenommen wenn letztere durch eine darauf gebrachte Bemerkung gültiger Weise außer Curs gesetzt sind, findet die Eigenthumsklage nur gegen Denjenigen statt, welcher zur Zeit der Erwerbung dieser Gegenstände in unredlichem Glauben gestanden hat.

Motive. In diesem § sind die im Gesetze, die Ausschließung der auf jeden Inhaber lautenden Creditpapiere von der Vindication betr., v. 8. Juni 1846, enthaltenen Vorschriften nicht blos wiederholt, sondern auch noch extendirt worden. Soviel erstens das Metallgeld, das Papiergeld, ingleichen die in diesem § näher bezeichneten auf den Inhaber gestellten Creditpapiere betrifft, so fand man die Ausschließung der Vindicabilität derselben dem redlichen Besitzer gegenüber theils zu Vermeidung eines außerdem zu befürchtenden Conflictes mit allen neueren Gesetzgebungen, theils aber auch im Interesse des allgemeinen Geldverkehrs nothwendig. Dem Umstande, daß die angegebenen Creditpapiere nicht die hauptsächliche Bestimmung haben, als Zahlungsmittel im Verkehre zu dienen, vermochte man mit Hinsicht auf das praktische Bedürfniß, Denjenigen, welcher dergleichen Papiere erworben hat, gegen die Möglichkeit der Vindication sicher zu stellen, ein Gewicht nicht beizulegen. Bei den unverzinslichen papiernen Werthzeichen (eigentliches Papiergeld, einschließlich der Banknoten) machte sich noch überdieß die Erwägung geltend, daß bei denselben, da sie mit Nummern, welche die Wiedererkennbarkeit ermöglichen, versehen sind, das factische Moment, welches bei dem Metallgelde in der Regel wenigstens die Vindication unmöglich macht, nämlich die Nichtunterscheidbarkeit von anderen Stücken, nicht zutrifft und sie daher die mit der Vindicabilität verbundene, in ihren Folgen nicht übersehbare Störung des Verkehrs mit anderen Sachen gemein haben würden, wenn nicht ihre Nichtvindicabilität ausgesprochen würde. Soviel zweitens die Wechsel und kaufmännischen Anweisungen anlangt, welche mittels Blancogiros begeben worden, oder im Auslande, wo dessen Gesetze es gestatten, auf den Inhaber gestellt sind, so sprechen für die Nichtvindicabilität der Wechsel und kaufmännischen Anweisungen, welche im Auslande gültigerweise auf den Inhaber gestellt sind, alle Gründe, durch welche sich die Nichtvindicabilität der auf Inhaber gestellten Creditpapiere überhaupt rechtfertigen läßt. Dagegen ist die Vindication der mittelst Blancogiros begebenen Wechsel und kaufmännischen Anweisungen, insbesondere im Interesse des Handelsstandes ausgeschlossen worden, indem man dadurch den redlichen Be-

sitzer eines solchen Papieres auch in den Fällen gegen Vindicationsansprüche sicher zu stellen beabsichtigt hat, in welchen entweder Demjenigen, welcher das Papier mit Blancogiro erhalten, dasselbe vor Ausfüllung des Giros verloren gegangen oder gestohlen worden wäre, oder die Ausfüllung des Blancogiros aus irgend einem Grunde, z. B. wegen Ablebens des Inhabers, nicht mehr nachgetragen werden könnte. Den juristischen Grund der Nichtvindicabilität fand man in diesem Falle darin, daß das Papier durch das Blancogiro eine Art von Papier au porteur geworden wäre.

Durch den Satz: „ausgenommen wenn letztere durch eine darauf gebrachte Bemerkung gültigerweise außer Curs gesetzt sind" hat einestheils positiv ausgedrückt werden sollen, daß in dem Lande, wo die Außercurssetzung geschieht, Derjenige, welcher sie bewirkt, dazu durch Gesetze ermächtigt gewesen sein müsse, anderntheils aber auch negativ bestimmt werden sollen, daß außerdem die Außercurssetzung irgend eine Wirkung nicht habe. Die Außercurssetzung und Incurssetzung der auf den Inhaber gestellten Creditpapiere in Sachsen zu reguliren, gehört nicht in das Civilgesetzbuch.

Endlich ist noch zu erwähnen, daß die Frage wegen der Vindicabilität oder Nichtvindicabilität eines Creditpapieres nach § 12 des Entwurfs (§ 10 d. B. G.-B.) nicht nach den Gesetzen des Ausstellungsortes, sondern nach dem Rechte des Ortes, wo sie sich befinden, zu beantworten ist.

Hier ist zunächst eine Erläuterung zu den Motiven nöthig. Im Entwurfe (§ 307) war auch „bei Wechseln und kaufmännischen Anweisungen, wenn dieselben mittelst Blancoindossamentes weiter begeben, oder im Auslande, wo dessen Gesetze es gestatten, auf den Inhaber gestellt worden", die Eigenthumsklage gegen den redlichen Besitzer ausgeschlossen. Diese Bestimmung hat man jedoch bei der Schlußredaction aus dem § entfernt, theils wegen der in der D. W.-O. Art. 74 in Verbindung mit Art. 36 enthaltenen Vorschriften, theils mit Rücksicht auf das inmittelst publicirte, die Einführung des allgemeinen Deutschen H.-G.-B. betreffende Gesetz v. 30. Octbr. 1861 und die in § 17 desselben ausgesprochenen Grundsätze[1]. Das nämliche Gesetz enthält auch in § 17 in Verbindung mit §§ 44. 45 der Ausführungsverordnung v. 30. December 1861 specielle Vorschriften über die Ermächtigung, öffentliche auf den Inhaber lautende Werthpapiere außer und in Curs zu setzen und das dabei zu beobachtende Verfahren. Da nach dem § nur eine gültige Außercurssetzung die Nichtvindicabilität des Papieres ausschließt, so versteht es sich von selbst, daß willkürliche und formlose Bemerkungen, welche ein Inhaber darauf bringt, diesen Erfolg nicht haben können. In Betreff des Metallgeldes ist darauf hinzuweisen, daß nach § 248 „der Empfänger fremden Geldes Eigenthümer des letzteren wird, wenn er dasselbe mit dem seinigen vermischt hat und die Geldstücke des Dritten nicht mehr aus-

1. Die Wechselordnung Art. 74 bestimmt nämlich, daß die Herausgabe eines Wechsels — obschon derselbe nach Art. 4 u. 96 nicht auf jeden Inhaber gestellt werden darf — von dem nach Art. 36 legitimirten Inhaber nur verlangt werden kann, wenn derselbe bei der Erwerbung sich in bösem Glauben befunden oder eine grobe Fahrlässigkeit begangen hat. Ferner schreibt der § 17 des Einführungsgesetzes (zu Art. 306. 307 des H.-G.-B.) vor, daß 1) Papiere auf den Inhaber, welche außerhalb Sachsens ausgestellt sind, wenn deren Ausstellung nach den Gesetzen des Ausstellungsortes gestattet sei, und 2) insbesondere kaufmännische Anweisungen, „wenn sie durch Blancoindossament weiter begeben oder im Auslande, wo dessen Gesetze es gestatten", auf den Inhaber ausgestellt sind, nach Art. 306. 307 des H.-G.-B. zu beurtheilen sind, also deren Vindication beim redlichen Besitzer schlechthin unstatthaft sein soll.

gesondert werden können." Die fremden Geldstücke können daher, wenn die Aussonderung unmöglich ist, auch bei dem unredlichen Empfänger nicht vindicirt werden; es findet aber gegen denselben die Eigenthumsklage nach den Regeln des § 304 statt, er ist fictus possessor, weil er dolo desiit possidere. (Vgl. die Bemerkungen zu § 248.) Entscheidend ist für die Statthaftigkeit der Vindication in den §§ 296. 297 gedachten Fällen die mala fides des Beklagten zur Zeit seiner Erwerbung, während die etwaige bona fides eines Zwischenbesitzers nicht in Betracht kommt. Der Kläger hat also sein Eigenthum und diese mala fides des Beklagten zu beweisen. Eine Ersitzung ist hier ausgeschlossen, denn der redliche Besitzer braucht sie nicht, und der unredliche kann eine solche weder beginnen noch vollenden[1].

---

§ 297. Unter öffentlichen Werthpapieren sind die im Inlande oder Auslande von dem betreffenden Staate oder mit dessen Genehmigung auf den Inhaber gestellten Werthpapiere zu verstehen, ingleichen die mit Genehmigung des betreffenden Staates von bestätigten Gesellschaften auf den Inhaber gestellten Antheilscheine und die zu allen diesen Papieren gehörigen Zinsleisten, Zinsabschnitte und Dividendenscheine.

Die hier angegebenen Erfordernisse der öffentlichen Werthpapiere stimmen im Allgemeinen mit den Vorschriften in § 2 des Gesetzes v. 8. Juni 1846 überein, nur ist nach dem B. G.-B. in Ansehung der Antheilscheine bestätigter Gesellschaften nicht, wie es nach § 2c des obgedachten Gesetzes scheint, die Bestätigung der Gesellschaft ausreichend, sondern es muß derselben auch von der Staatsregierung gestattet worden sein, Papiere au porteur auszustellen[2].

II. Beweis der Eigenthumsklage.

§ 298. Dem Kläger liegt bei der Eigenthumsklage der Beweis ob, daß er Eigenthümer und daß der Beklagte Inhaber der Sache ist.

Motive. Ueber die allgemeinen Principien, von welchen man in dem Gesetzbuche bei den auf die Beweislast bezüglichen Fragen ausgegangen ist, hat man sich bereits oben zu § 180 des Entwurfs (§ 171 d. B. G.-B.) ausgesprochen, worauf man sich hiermit bezieht. Die Consequenz erforderte, daß man auch bei den speciellen Lehren die dahin einschlagenden Grundsätze über die Beweislast aufnahm, zumal wenn es sich dabei, wie es insbesondere bei der Eigenthumsklage der Fall ist, um Fragen handelt, welche ihre Lösung nur in dem Civilrechte finden können.

---

1. Vergl. hierzu noch Siebenhaar, in den Annalen N. F. Bd. 4, S. 305 folg.

2. Die beiden Gesetze vom 7. u. 8. Juni 1846 sind im § 17 des Einführungsgesetzes zum Deutschen H.-G.-B. aufgehoben. Dieses Gesetz dürfte in so fern eine, durch das B. G.-B. ausgefüllte Lücke haben, als darin eine die Bestimmungen in § 1. 5 des (aufgehobenen) Gesetzes v. 8. Juni 1846 über den Ausschluß der Vindication bei öffentlichen, auf den Inhaber lautenden Creditpapieren deckende allgemeine Vorschrift nicht, wenigstens nicht mit klaren und ausdrücklichen Worten enthalten ist, und der Art. 307 des H.-G.-B. in Zweifel läßt, ob sich derselbe auf die von einem Kaufmann außer seinem Handelsbetriebe bewirkte, oder auf jede Veräußerung, ohne Unterschied, beziehen soll.

§ 299. Gesteht der Beklagte zu, Inhaber der Sache zu sein, obgleich er sie nicht inne hat, so wird er wie der Inhaber behandelt.

Die in diesem § enthaltene Vorschrift in Betreff dessen, qui liti se obtulit, stimmt mit den gemeinrechtlichen Grundsätzen überein[1]. Die Behauptung des Beklagten, daß er besitze, muß, wie schon die Bezeichnung der Parteien als Kläger und Beklagter an die Hand giebt, im Processe, vor Gericht, geschehen sein, und ist, obwohl sie der Wahrheit nicht entspricht, doch formell dem Anführen des Klägers gegenüber als Geständniß aufzufassen. Die Anwendung des gemeinrechtlichen Satzes, daß der Kläger das wahre Sachverhältniß nicht kennen darf, würde dem B. G.-B. nicht zuwider laufen, weil auch die Bestimmung des obigen § auf der Vorstellung beruht, daß der Kläger durch die wahrheitswidrige Angabe des Beklagten im Irrthume erhalten und zur Fortstellung des Processes veranlaßt worden sei; der praktische Nutzen dieses Satzes wird aber durch die proceßrechtlichen Vorschriften über den Widerruf gerichtlicher Geständnisse und die rechtzeitige Vorschützung der Exceptionen bedingt.

---

§ 300. Leugnet der Beklagte die Inhabung der Sache und beweist der Kläger, daß der Beklagte Inhaber der Sache ist, so wird das Eigenthum des Klägers bis zum Beweise des Gegentheils vermuthet.

Motive. In diesem § ist an die wahrheitswidrige Ableugnung des Besitzes im Eigenthumsprocesse die Folge geknüpft, daß das Eigenthum des Klägers bis zum Beweise des Gegentheiles zu vermuthen sei. Diese mildere Ansicht verdient vor der härteren, nach welcher der Beklagte im Falle wahrheitswidriger Ableugnung des Besitzes zur Abtretung des Besitzes verpflichtet und auf die besondere Verfolgung seines Rechtes verwiesen ist, den Vorzug. Erstens nämlich spricht für dieselbe die Analogie der condictio indebiti, bei welcher, wenn der Beklagte den Empfang der Zahlung wahrheitswidrig ableugnet, die Strafe desselben eben auch nur darin besteht, daß er den Beweis, es sei debite gezahlt worden, führen muß. Zweitens wird durch diese Ansicht der mit der gegentheiligen Annahme nothwendig verbundene Uebelstand, daß ein zweiter Proceß geführt werden muß, in welchem der anfängliche Beklagte als Kläger auftritt, vermieden, indem nur eine Aenderung in der Beweislast herbeigeführt, der Beklagte aber zu Ausführung seines Rechts an der Sache noch in demselben Processe gelassen wird. Endlich drittens stimmt es mit den allgemeinen processualischen Vorschriften, nach welchen der definitiven Entscheidung eine umfassende Behandlung des streitigen Rechtsverhältnisses vorherzugehen hat, weit mehr überein, wenn dem Beklagten in dem vorausgesetzten Falle die Geltendmachung seiner Rechte in demselben Processe gestattet, als wenn zunächst blos über den Besitz entschieden, die Verhandlung über das Recht an der Sache aber einem zweiten Processe vorbehalten wird.

In diesem § wird die soeben besprochene rechtliche Folge schon an die bloße (wahrheitswidrige) Ableugnung des Besitzes von Seiten des Beklagten im Vindicationsprocesse geknüpft, weil es einmal Pflicht des Beklagten ist, sich genau darum zu bekümmern, ob er den vindicirten Gegenstand besitzt, das andere Mal aber, da die nachtheiligen Folgen des Leugnens lediglich auf eine dem Beklagten

---

1. l. 25. 26. 27. pr. D. de R. V. l. 13. § 13. l. 45. D. de H. P.

ungünstige Aenderung der Verbindlichkeit zur Beweisführung beschränkt sind, es nicht nöthig erscheint, den Eintritt derselben an einen dolus des Beklagten oder an eine absichtliche oder fälschliche Ableugnung zu knüpfen.

Die Entscheidung mehrerer, an die Bestimmung des § sich anschließenden, speciellen Fragen, z. B. ob, wenn der Kläger zwar den Besitz des Beklagten, nicht aber das von ihm behauptete Eigenthum beweist, der Beklagte, unberücksichtigt des geführten Besitzbeweises, auf Grund des Mißlingens des Eigenthumsbeweises das von ihm selbst an der Sache geltend gemachte Eigenthum beanspruchen könne, ferner über den Zeitpunkt, bis zu welchem der Beklagte durch nachträgliches Zugeständniß des Besitzes die Nachtheile seiner Ableugnung von sich abwenden könne, weiter, ob zu dem Eintritte der Nachtheile des Leugnens erforderlich sei, daß der Kläger den Besitz des Beklagten voll beweise, oder ob dazu auch schon ein bis zu einem suppletorium geführter Beweis hinreiche, endlich über den Einfluß, welchen ein Streit über die Identität des Objectes auf die Beurtheilung habe, mußte der Proceßgesetzgebung überlassen werden.

Der § enthält eine Abänderung der gemeinrechtlichen Lehre über die Strafen des Ableugnens des Besitzes bei der Eigenthumsklage[1]. Da nach dem B. G.-B. das wahrheitswidrige Leugnen des Besitzes die Folge hat, daß vermöge einer gesetzlichen Vermuthung die Verbindlichkeit zur Beweisführung in Betreff des Eigenthums an der Sache auf den Beklagten übergeht, so würde sich nunmehr der Beweis des Klägers auf den Besitz des Beklagten beschränken können, wie bei dem in so weit analogen Falle der condictio indebiti der Kläger nur den Beweis der Leistung zu führen hat, wenn der Beklagte die letztere in Abrede stellt. Da indessen nach den Vorschriften des § die Vervielfältigung der Processe vermieden und im Enderkenntnisse eine möglichst umfassende Entscheidung des streitigen Rechtsverhältnisses gegeben werden soll, so würde nach den gegenwärtig bestehenden Proceßgesetzen, dem Beklagten, welcher den Besitz des Klägers geleugnet und eventuell das Eigenthum an der streitigen Sache zu haben behauptet hat, in einem auf Beweis des geleugneten Besitzes gerichteten Zwischenerkenntniß die Ausführung seines Eigenthums im indirecten Gegenbeweise oder, nach Befinden, in einem besondern Beweise nachzulassen sein. In diesem Falle würde nun auch der Kläger sein Eigenthum durch Elisivartikel oder im Gegenbeweise darthun können. Durch das bloße Mißlingen eines vom Kläger versuchten Eigenthumsbeweises, kann bei vollständig geführtem Beweise des geleugneten Besitzes, die im § aufgestellte Vermuthung für das Eigenthum des Klägers nicht für aufgehoben erachtet werden, sofern sich nicht thatsächliche Verhältnisse ergeben haben, welche diese Vermuthung auszuschließen geeignet sind, oder der Beklagte sein Eigenthum bewiesen hat. Die E. P.-O., welche ad Tit. XVI. § 3 die sog. Strafen der Infitiation bestätigt, enthält zwar keine Bestimmung darüber, ob dieselben nur bei vollem Beweise der wahrheitswidrig geleugneten Thatsachen eintreten sollen, doch hat man dieß in der Praxis angenommen.[2] Nach dem B. G.-B. hat aber das wahrheitswidrige Ableugnen des Besitzes bei der Eigenthumsklage nicht mehr den Verlust des Besitzes als Strafe, sondern nur eine Veränderung in der Beweislast zur Folge. Da nun, nach der A. P.-O. Tit. XXX. und der E. P.-O. ad Tit. XXX. § 1 als Regel gilt, daß ein nicht voller Beweis unter geeigneten Verhältnissen durch einen Erfüllungseid vervollständigt werden kann, so liegt kein zureichender Grund vor, für den Eintritt der im § gedachten Vermuthung den vollen Beweis

1. l. 80. D. de R. V. und nov. 18. cap. 10. Die Bestimmung der letzteren (welche das Ableugnen des beanspruchten Rechtes betrifft) ist für das heutige Proceßrecht ohnedieß unpraktisch.

2. Biener, System 2c. § 77. Kori, Theorie d. B. Prozesses, § 83. Osterloh, B. Prozeß, § 227, n. 24.

zu fordern. Ist der Eid in der Klage über den Besitz angetragen und angenommen worden, vermag aber der Beklagte denselben nicht abzuleisten, so tritt die in der E. P.=O. ad Tit. XVI. § 3 enthaltene bekannte Proceßregel, negans non excipit iuramento delato et acceptato, ein, weil gegenüber der in § 300 des B. G.=B. angeordneten Vermuthung, die Behauptung des Beklagten, er sei Eigenthümer des Streitobjectes, formell die Eigenschaft einer Exception annimmt. Auch kann die Bestimmung der E. P.=O. ad Tit. XVI. § 3, nach welcher dem Beklagten nachgelassen werden kann, eidlich zu bestärken, daß er von der negirten Thatsache keine Wissenschaft gehabt habe, hier nicht angewendet werden, weil nach § 300 die Folge des wahrheitswidrigen Leugnens ohne Rücksicht darauf eintritt, ob das Leugnen ein absichtliches oder irrthümliches gewesen sei. Die Leistung eines über den geleugneten Besitz referirten Eides ist dem vollen Beweise gleichzustellen, und ebenso die Nichtleistung eines dem Beklagten über den geleugneten Besitz zuerkannten Reinigungseides. Das nachträgliche Zugeständniß des anfangs geleugneten Besitzes würde zu Gunsten des Beklagten noch zu berücksichtigen sein, wenn es vor Eintritt eines rechtskräftigen Erkenntnisses erfolgt. Endlich wird hinsichtlich der am Schlusse der Motiven berührten Frage (Streit über die Identität des Objects) nach Befinden, nämlich, wenn der Beklagte den Besitz der vindicirten Sache, nicht blos das Eigenthum des Klägers an einer Sache, deren Besitz er zugiebt, leugnet, der Gesichtspunkt maßgebend werden müssen, daß die Folgen des wahrheitswidrigen Leugnens auch dann eintreten, wenn dasselbe weder ein absichtliches, noch ein doloses, vielleicht sogar unter Umständen, z. B. bei Erben, ein sonst ganz erklärliches ist.

---

§ 301. Der Kläger hat bei dem Beweise des Eigenthums die Erwerbungsart darzuthun, durch welche er das Eigenthum erlangt hat. Leitet er seine Erwerbung von einem Vorgänger ab, so ist zugleich zu beweisen, daß Letzterer Eigenthümer gewesen ist.

Motive. Dieser § entscheidet eine doppelte Frage, erstens, ob der Kläger im Eigenthumsprocesse, wenn er seine Eigenthumserwerbung von einem Vorgänger ableitet, auch den Beweis des Eigenthumes seines Auctors zu beweisen habe, und zweitens, ob es in der Vindicationsklage der Angabe des Rechtsgrundes des Eigenthumserwerbes — der causa petendi remota — bedürfe. Beide Fragen, soviel die zweite anlangt, von dem Falle, wo der Kläger, welcher ein Immobile besitzt, auf die Eintragung im Grundbuche Bezug nimmt, abgesehen, werden bejaht. Dagegen hat man die allem Anscheine nach zu verneinende Frage, ob die von dem Kläger behauptete Art der Erwerbung des Eigenthumes und die Inhabung der Sache bei dem Beklagten bereits bei Anstellung der Klage vorhanden sein müsse, oder ob es genüge, daß Beides zu der Zeit vorhanden sei, wo der Beweis der Eigenthumsklage zu führen ist, als in den Proceß gehörig betrachtet.

Der erste Satz des § entscheidet eine Streitfrage, welche in Bezug auf die zur Schlüssigkeit der rei vindicatio und anderer actiones in rem nöthigen thatsächlichen Angaben bestand, nach den Sächs. Proceßgesetzen aber nur in dem Falle entstehen konnte, wenn der Kläger den Beweis seines Eigenthums auf andere Weise, als durch den Eidesantrag führen wollte[1]. Das B. G.=B. hat diese Frage nach der von den Sächs. Spruch=

1. Vergl. Kori, in dessen und v. Langenns Erörterungen prakt. Rechtsfragen, Bd. 1, n. XII. S. 101 folg.; Annalen des O.=A.=G. Bd. 4, S. 459.

behörden, insbesondere dem vormaligen Landes- und dem Oberappellationsgerichte befolgten Ansicht, jedoch mit der im folgenden § erwähnten, übrigens nur scheinbaren, Ausnahme, entschieden. Die sich hieran schließende Frage, ob der behauptete Erwerbsgrund und der Besitz des Beklagten bereits zur Zeit der Klaganstellung vorhanden gewesen sein müsse, dürfte, namentlich mit Hinsicht auf die zu dem § 300 angegebene Gestaltung der Parteirollen und der Beweislast, außer dem Falle einer Eidesklage, nach dem dermaligen Proceßrechte richtiger zu verneinen sein. Der zweite Satz des § deutet darauf hin, daß, wenn der Kläger nicht einen originären Erwerbsgrund für sich hat, die Ersitzung hinzutreten, daher möglicherweise auch die Erwerbsgründe mehrerer Vorbesitzer nachgewiesen werden müssen.

---

§ 302. Ist das Eigenthum an einem Grundstücke darzuthun, so genügt der Beweis, daß der Kläger als Eigenthümer desselben in das Grundbuch eingetragen ist.

Motive. In diesem § ist ausgesprochen, daß es zum Beweise des Eigenthumes an Grundstücken nur des Nachweises, daß der Kläger als Eigenthümer im Grundbuche eingetragen sei und nicht des Beweises des Rechtsgrundes der erfolgten Eintragung bedürfe, indem der Rechtsgrund blos als ein Erforderniß der das Eigenthum an Grundstücken bedingenden Eintragung, nicht aber als eine Thatsache, die an und für sich selbst Eigenthum giebt, zu betrachten ist. Auch versteht es sich von selbst, daß, wenn nach dem Kläger ein Anderer als Eigenthümer im Grundbuche eingetragen worden ist, der Beklagte hierauf, um die Wirkungslosigkeit der vom Kläger für sich angezogenen eigenen Eintragung darzuthun, im Gegenbeweise Bezug zu nehmen hat.

Die Bestimmung des § ist eine Folge der in §§ 276. 277 ausgesprochenen Grundsätze, nach welchen die Eintragung in das Grundbuch die Stelle der causa specialis des Eigenthumserwerbes vertritt. Der Eigenthumsbeweis des Klägers wird dadurch geführt, daß er den Eintrag im Grundbuche beibringt, welcher ihn als Eigenthümer des streitigen Grundstücks bezeichnet, wozu, unter Umständen, aber auch noch der specielle Nachweis erforderlich werden kann, daß dieses Grundstück identisch mit dem sei, als dessen Eigenthümer der Kläger im Grundbuche eingetragen worden ist. Nach §§ 276. 277. 290 verliert der Eigenthümer eines Grundstücks sein Eigenthum, wenn nach ihm ein Anderer als Eigenthümer desselben Grundstücks eingetragen wird. Hierauf gründet sich die Bemerkung in den Motiven, daß es dem Beklagten obliege, darzuthun, daß nach dem Kläger ein Anderer als Eigenthümer in das Grundbuch eingetragen worden sei[1].

---

1. Man vergl. hierzu die speciellen Bestimmungen über den Inhalt der ersten und zweiten Rubrik eines Grundbuchsfolium in § 114, 1. 4. § 124, 1. 2. 3. §§ 125—132. § 133, 1. 2. § 134 der Ger.-Ordn. vom 9. Januar 1865 und vergegenwärtige sich eine Einrichtung der Grundbücher, bei welcher die Grundstücke nach ihrer Bezeichnung in den Flurbüchern und Flurkarten genau angegeben und die in Bezug auf das Grundstück und in der Person des Eigenthümers vorkommenden Veränderungen durch abgesonderte Einträge in chronologischer Reihefolge verlautbart werden. Die Nothwendigkeit einer besonderen Beweisführung des Beklagten kann sich hiernach erledigen, wenn etwa der Kläger das Grundbuch oder einen vollständigen Folienauszug producirt, aus welchem sich neuere Einträge ergeben; diese Erwägung konnte aber keinen Einfluß auf die, bei der Vertheilung der Beweislast zu befolgenden Principien äußern. Es mußte übrigens bei den auf den

III. Gegenstand der Eigenthumsklage.

§ 303. Die Eigenthumsklage geht auf Anerkennung des Eigenthums des Klägers, Herausgabe der Sache nebst Zuwachs und auf Nebenforderungen.

Bei der Schlußredaction sind anstatt der Worte: „nebst Zubehörungen" die „nebst Zuwachs" gesetzt worden aus denselben Gründen, weshalb in § 218 eine ähnliche Abänderung auf Antrag der ständischen Deputationen eingetreten ist. Uebrigens verweist man auf die Bemerkungen zu § 236.

---

§ 304. In dem im § 299 angegebenen Falle oder wenn der Beklagte nach Benachrichtigung von der Klage den Besitz der Sache aufgiebt, ingleichen wenn der unredliche Besitzer, bevor er von der Klage durch das Gericht benachrichtigt worden, den Besitz der Sache aufgegeben hatte, um sich der Klage zu entziehen, hat der Beklagte, dafern er die Sache sich nicht noch verschaffen und dieselbe herausgeben kann, dem Kläger Schadenersatz zu leisten. Dem Kläger bleibt das Recht, gegen den Inhaber der Sache die Eigenthumsklage zu erheben; es mindert sich aber, falls er die Sache wiedererlangt, der Schadenersatz um den Werth derselben.

Motive. Der § handelt von den sog. fictis possessoribus (qui liti se obtulit und qui dolo malo possidere desiit). Auf den fictus possessor, qui liti se obtulit bezieht sich der § 310 des Entwurfs (§ 299 des B. G.-B.). Ueber den fictus possessor, qui dolo malo desiit possidere, hat man Folgendes zu sagen.

Die mala fides, welche bewirkt, daß der Beklagte, obschon er sich des Besitzes der vindicirten Sache entäußert hat, dennoch als Besitzer gehalten ist, wird in dem Umstande gefunden, daß derselbe, „bevor die Eigenthumsklage wider ihn angestellt worden ist, den Besitz der Sache aufgegeben hat, um sich der Klage zu entziehen". Dieß hält zwischen den verschiedenen Meinungen, welche sich über das fragliche Verhältniß aufstellen lassen, so ziemlich die Mitte. Man kann nämlich die Aufgebung des Besitzes von Seiten des Beklagten als eine widerrechtliche auch bezeichnen 1) wenn sie in der Absicht geschieht, die bereits „eingeleitete" gerichtliche Verfolgung des Eigenthumes (die bereits erfolgte Klagerhebung) zu ver-

---

Erwerb des Eigenthums an Grundstücken bezüglichen Vorschriften des B. G.-B. eine Organisation und Haltung der Grundbücher vorausgesetzt werden, bei welcher sich, wenigstens in der Regel, aus den letzteren erkennen läßt, wer der Eigenthümer jedes einzelnen Grundstücks sei. In Sachsen ist dieß zwar durch die bereits erwähnte Angabe der Grundstücke nach den ihnen bei der Landesvermessung zugetheilten Flurbuchsnummern und die Vergleichung der Flurbücher und Flurkarten wesentlich erleichtert worden; gleichwohl können, da der Umfang und die natürlichen Grenzen der einzelnen Flurstücke aus dem Grundbuche selbst nicht zu ersehen sind, Umstände eintreten, welche den obgedachten besondern Beweis nöthig machen. Ueber die Requisite eines solchen Beweises vergl. Annalen N. F. Bd. 2, S. 325 und über den hiervon wohl zu unterscheidenden Fall bloßer Grenzstreitigkeiten §§ 364 folg. des B. G.-B.

eiteln, oder 2) wenn der Eigenthümer nur erst noch die Absicht hat, Klage zu erheben, und der Besitzer mit Kenntniß dieser Absicht sich des Besitzes entäußert, oder 3) wenn der Besitzer, ohne Rücksicht darauf, ob er um die Absicht des Eigenthümers, sein Recht zu verfolgen, weiß oder nicht, aus Absicht oder aus Verschuldung den Besitz der Sache aufgiebt. Von diesen Meinungen konnte man keine für richtig halten. Die erste hat das gegen sich, daß nach ihr der Begriff der mala fides, für die der Besitzer, welcher den Besitz aufgiebt, zu haften hat, offenbar zu sehr beschränkt wird, indem derselbe eine processualische Handlung des Klägers voraussetzt. Die zweite ist zu vag, weil sie das entscheidende Moment in die Absicht, Klage zu erheben, setzt, dieses Moment aber dann nicht deutlich hervortritt, wenn, wie es gewöhnlich ist, der Eigenthümer erst auf außergerichtlichem Wege die Rückgabe seiner Sache zu erlangen sucht. Die dritte endlich ist zu hart, indem nach ihr eine mala fides auch schon dann anzunehmen wäre, wenn Jemand, welcher erfahren hat, daß er eine fremde Sache besitzt, jedoch den Eigenthümer derselben nicht kennt oder nicht zu finden weiß und dadurch außer Stand gesetzt ist, die Sache dem Eigenthümer zurückzugeben, sich des Besitzes derselben entäußert. Man hat vielmehr von diesen sämmtlichen Meinungen abgesehen und die mala fides des sog. fictus possessor, so wie oben angegeben ist, fixirt. Hiernach wird der Beklagte als fictus possessor zu behandeln sein, wenn derselbe sich mit der Klage bedroht sieht, oder den Eigenthümer kennt, auch demselben die Sache zurückzugeben im Stande ist, dieß aber nicht thut, sondern sich des Besitzes der Sache entäußert, also auch in allen Fällen, wo der Wunsch, sich dem Eigenthumsanspruche zu entziehen, dem Aufgeben der Sache zu Grunde liegt.

Soviel die dem Beklagten, welcher sich außer Stand gesetzt hat, die streitige Sache selbst herauszugeben, obliegende Verbindlichkeit zum Schadenersatze betrifft, so geht der § von dem Principe aus, daß derselbe litis aestimationem zu leisten habe, nach erfolgter Leistung aber der litis aestimatio dem Eigenthümer zwar unbenommen bleibe, noch den wirklichen Inhaber mit der Eigenthumsklage in Anspruch zu nehmen, jedoch mit der Beschränkung, daß, wenn er die Sache selbst noch erhält, der ihm von dem fictus possessor zu leistende Schadenersatz sich um den Werth der Sache vermindert. Man hat dieser Modalität der Verbindlichkeit des fictus possessor zum Schadenersatze vor derjenigen, nach welcher der Eigenthümer, in so fern er vom Beklagten Herausgabe der Sache selbst, auf welche die condemnatoria zu lauten hat, nicht erhalten kann, berechtigt ist, die Vollstreckung auf den Werth der Sache richten zu lassen, nach Leistung der litis aestimatio aber die Sache selbst auf den Beklagten, welcher deshalb Abtretung der Klage verlangen kann, wie durch Kauf übergeht, den Vorzug gegeben, weil auf der einen Seite es bedenklich erschien, auf den in dolo versirenden Beklagten die Sache ohne Weiteres übergehen zu lassen, auf der anderen Seite zu berücksichtigen war, daß der Kläger, wenn er die Sache später noch erhielte, nicht zu gleicher Zeit rem et pretium haben könnte. Auch glaubte man nicht befürchten zu müssen, daß die Bestimmung, wie sie hier getroffen ist, in der praktischen Anwendung zu Verwickelungen führen werde, da der Vindicant in jedem Falle berechtigt sein würde, die Einwendungen, welche der Beklagte, mit Beziehung auf die Möglichkeit der späteren Erlangung der Sache selbst, gegen seine Verpflichtung zur Leistung der litis aestimatio macht, dadurch zu beseitigen, daß er demselben das Klagrecht wider den Dritten freiwillig abtritt.

Eine Bestimmung über die während des Vindicationsprocesses unternommenen Veräußerungen der vindicirten Sache hat man nicht aufgenommen, weil man

geglaubt hat, daß es der Proceßgesetzgebung überlassen bleiben müsse, Sicherungsmittel gegen unbefugte Dispositionen über streitige Gegenstände zu bestimmen.

Nach der Ansicht, welche aus den in den Motiven entwickelten Gründen angenommen worden ist, unterscheide man die einzelnen Fälle, wie folgt: a) In dem § 299 bereits erwähnten Falle der sog. ficta possessio (si quis liti se obtulit) wird allemal vorausgesetzt, daß eine Klage angestellt worden ist, und der Beklagte bei deren Beantwortung vor dem Proceßgerichte den vom Kläger behaupteten Besitz gegen die Wahrheit eingeräumt hat. Der Grund, weshalb hier der Beklagte als Besitzer behandelt wird, liegt darin, daß er sich ohne Grund auf den Proceß einläßt und den Irrthum des Klägers nicht berichtigt; es kommt also bei dieser possessio ficta nicht in Betracht, ob der Beklagte die Sache niemals oder ob er sie früher einmal besessen und den Besitz vor der Klaganstellung aufgegeben oder verloren hat. Sollte, wie kaum zu erwarten, der eigenthümliche Fall eintreten, daß der Beklagte vor Anstellung der Klage dolo zu besitzen aufgehört und dennoch den Besitz gegen die Wahrheit eingeräumt, also die Absicht, der Klage zu entgehen, aufgegeben hätte, so würde immer nur der nächste, in dem wahrheitswidrigen Geständnisse liegende Grund für seine, übrigens in beiden Fällen gleiche, Haftung als wirklicher Besitzer maßgebend bleiben. Ferner ist b) der Beklagte, welcher besitzt, ohne Unterschied, ob sein Besitz ein redlicher oder unredlicher war, als Besitzer zu behandeln, wenn er den Besitz erst nach seiner Benachrichtigung von der Klage aufgegeben hat. Diese letztere Bestimmung des § ist auch sonst an keine besondere Voraussetzung geknüpft, es ist also in dem sub b) gedachten Falle, um die Haftung als Besitzer zu begründen, nicht erforderlich, daß die Aufgabe des Besitzes erfolgt sei, „um sich dem Processe zu entziehen". Der Aufgabe des Besitzes steht hierbei die mit Besitzübertragung verbundene Veräußerung der Sache an eine dritte Person gleich, unbeschadet der für die Proceßgesetzgebung vorbehaltenen Frage, ob die pendente lite vorgenommene Veräußerung nichtig, oder wie derselben zur Sicherstellung des Klägers vorzubeugen sei. Endlich c) bestimmt das B. G.-B., daß, wenn der Besitz schon vor der Klaganstellung aufgegeben worden ist, der „unredliche" Besitzer als solcher verhaftet bleibt, falls er den Besitz aufgegeben hat, „um sich der Klage des Eigenthümers zu entziehen". Es ist also nicht sowohl die Unredlichkeit des bisherigen Besitzes, als die Unredlichkeit bei der Aufgabe desselben, welche die Fiction einer Fortdauer des Besitzes zur Folge hat, und darin stimmt das B. G.-B. mit dem gemeinen Rechte (l. 27. § 3 D. de R. V., l. 157. § 1 D. de R. J.) überein. Daß gleichwohl die Bestimmung ad c) ausdrücklich auf den „unredlichen" Besitzer geht, erklärt sich, nach Anleitung der Motive, dadurch, daß die Aufgabe des Besitzes in der Absicht, der Klage zu entgehen, den Charakter einer widerrechtlichen Handlung haben soll, und daß sich die mala fides bei der Besitzentäußerung auf Seiten eines redlichen Besitzers nicht annehmen läßt. Die Unredlichkeit des Besitzers ist demnach im Sinne des § als die Voraussetzung anzusehen, unter welcher die Aufgabe des Besitzes in der Absicht, der Klage des Eigenthümers zu entgehen, die ficta possessio begründen kann, aber (man vergl. die in der Motive erwähnten Beispiele) nicht einmal unbedingt begründen muß.

Die Klage und die Verurtheilung gegen den fictus possessor ist in allen vorbemerkten Fällen zunächst und in der Regel auf Herausgabe der Sache selbst gerichtet. Wie die eventuelle Leistung des Schadenersatzes zu erfolgen hat, wenn die Verurtheilung zur Herausgabe nicht vollstreckt werden kann, gehört in die Proceßgesetze, insbesondere in die Lehre von der Execution rechtskräftiger Entscheidungen. In Bezug auf den Schlußsatz des § ist zu bemerken, daß dem fictus possessor gegen den Eigenthümer, welcher die Sache selbst vom verus possessor erlangt, eine Klage auf Rückgabe Dessen, was er nach Abzug des Werthes der zurückerlangten Sache von der zum Schadenersatze gewährten Summe zuviel

gezahlt hat, zugestanden werden muß, welche füglich unter die Bestimmungen in § 1548 des B. G.-B. subsumirt werden kann[1].

§ 305. Wenn der Beklagte nach Benachrichtigung von der Eigenthumsklage den Besitz der Sache durch Fahrlässigkeit verloren hat, so kann der Kläger von ihm Schadenersatz verlangen. Hat er diesen erhalten, so ist anzunehmen, daß der Beklagte die Sache vom Kläger durch Kauf und Uebergabe erworben habe.

Der § behandelt den Fall, wenn nach Behändigung der Klage der Beklagte den Besitz der Sache durch Fahrlässigkeit (vergl. §§ 121. 122) verloren hat. Die Verbindlichkeit zum Schadenersatze tritt hier eben so bei dem redlichen, wie bei dem unredlichen Besitzer ein. Da die Leistung der litis aestimatio in diesem Falle die nämliche Wirkung hat, als wenn die Sache dem Beklagten vom Kläger verkauft und übergeben worden wäre, so bedarf es für den ersteren nicht erst einer Abtretung der Klage, um seine nunmehr erworbenen Eigenthumsansprüche gegen den Besitzer geltend zu machen.

§ 306. Ist die Sache durch Verschuldung des Beklagten untergegangen oder verschlechtert worden, so hat der Beklagte, wenn er unredlicher Besitzer ist, den dem Kläger verursachten Schaden zu ersetzen, gleichviel zu welcher Zeit die Verschuldung vorgekommen ist. Ist der Beklagte redlicher Besitzer, so ersetzt er den Schaden nur, wenn die Verschuldung nach Benachrichtigung von der Klage eintrat.

Motive. In den Fällen dieses § findet die Vorschrift in § 988 des Entwurfs (§ 961 des B. G.-B.) Anwendung.

Wenn die Sache durch Verschuldung (vergl. § 121) untergegangen oder deteriorirt worden ist, so tritt der Unterschied zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer hervor; der letztere hat ohne Rücksicht darauf, ob die Sache vor oder nach der Benachrichtigung von der Klage untergegangen oder verschlechtert worden ist, der erstere nur dann, wenn dieß nach diesem Zeitpunkte geschehen ist, Schadenersatz zu leisten. Die Bestimmung in § 961 kann hierbei zur Anwendung gelangen, wenn der Beklagte einen Anspruch ex lege Aquilia an einen Dritten hat.

§ 307. Für zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung der Sache haftet Derjenige, welcher sich dieselbe durch ein Verbrechen verschafft hat, auf die ganze Zeit seiner Inhabung, ein anderer unredlicher Besitzer aber nur von der

1. Es ist hierbei der Fall vorausgesetzt, daß der Eigenthümer den Schadenersatz infolge der rechtskräftigen Entscheidung bereits empfangen und alsdann erst die Sache wiedererlangt hat. Im umgekehrten Falle würde der Beklagte mit dem Einwande, daß der Kläger die Sache wiedererlangt habe, nach Befinden noch im Laufe des Processes oder beim Vollstreckungsverfahren zu hören sein und es würde dadurch der Anspruch auf Schadenersatz gehoben oder vermindert werden können.

Zeit der Benachrichtigung von der Klage an. Diese Haftung fällt weg, wenn nachgewiesen wird, daß der Zufall die Sache selbst dann getroffen haben würde, wenn sie im Besitze des Eigenthümers gewesen wäre.

Motive. In diesem § hat man den schon gemeinrechtlichen Unterschied des fur und vi possidens von dem bloßen malae fidei possessor beibehalten, weil, wer durch Begehung eines Verbrechens zur Inhabung der Sache gelangt, nach § 758 des Entwurfs (§ 739 des B. G.-B.) in ein sofortige mora begründendes Obligationsverhältniß tritt, während der bloße malae fidei possessor erst durch Behändigung der Klage in Verzug (mora restituendi) gebracht wird. Zur Bezeichnung des „fur" und „vi possidens" hat man die Fassung: „Derjenige, welcher sich die Sache durch ein Verbrechen verschafft hat" gewählt.

Die Zulassung eines jeden malae fidei possessor zu dem Beweise, daß die durch Zufall untergegangene Sache, auch wenn sie im Besitze des Klägers gewesen wäre, von dem Zufalle betroffen worden sein würde, hat man mit Rücksicht auf das die Ersatzpflicht bedingende Causalitätsverhältniß zwischen Zufall und Untergang der Sache für zweckmäßig gehalten.

Eine Haftung für zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung, tritt nach den, mit dem gemeinen Rechte[1] im Wesentlichen übereinstimmenden Grundsätzen des vorstehenden § nur bei dem unredlichen Besitzer ein, da der redliche Besitzer durch die Klaganstellung nicht in die mora restituendi versetzt wird. Der Schlußsatz entscheidet eine Controverse des gemeinen Rechtes dahin, daß die Ausflucht, der Zufall würde auch bei dem Eigenthümer selbst eingetreten sein, bei jedem unredlichen Besitzer, mithin auch bei dem fur und vi possidens zu beachten ist. Mit den Worten: „welcher sich die Sache durch ein Verbrechen verschafft hat", wird nicht blos Raub, Diebstahl, Entfremdung, sondern jedes strafrechtliche Delict getroffen, z. B. Erpressung.

---

§ 308. Für die Früchte haftet der unredliche Besitzer auf die ganze Zeit seines Besitzes, der redliche Besitzer nur von der Zeit der Benachrichtigung von der Klage an.

Motive. In diesem § ist, abweichend von dem gemeinen Rechte, unter Festhaltung der Vorschrift in § 255 des Entwurfs (§ 244 des B. G.-B.), nach welcher der bonae fidei possessor das Eigenthum an den Früchten mit deren Separation erwirbt, bestimmt, daß der redliche Besitzer für die Früchte der vindicirten Sache erst von Zeit der Benachrichtigung von der Klage an haftet. Man vergl. hierzu noch die Bemerkungen zu §§ 75. 76. 244.

---

§ 309. Die Früchte sind in dem Betrage zu erstatten, welchen die stehenden Einkünfte aus der Sache und die übrigen gesammten Früchte derselben nach dem auf den Ertrag eines mittleren Jahres sich stützenden Ermessen Sachverständiger, unter Abzug der Lasten der Sache und des ordentlichen Aufwandes zu deren Erhaltung und zur Gewinnung der Früchte, auf die Zeit ergeben, auf welche der

1. l. 15. § 3. l. 16. pr. D. de R. V. l. 20. § 21. l. 25. § 11. l. 31. § 1. l. 40. D. de H. P.

Beklagte für die Früchte haftet. Kann der Kläger einen durch ungewöhnliche günstige Umstände von dem Beklagten erlangten höheren Betrag oder der Beklagte einen durch ungewöhnliche Unglücksfälle herbeigeführten geringeren Betrag der Früchte beweisen, so ist dem Kläger die Forderung jenes Mehrbetrags, dem Beklagten der Abzug des Minderbetrags gestattet. Sind von dem Beklagten erhobene Früchte in Natur bei ihm vorhanden, so hat er diese herauszugeben und ist ihr Werth von dem Betrage der dem Kläger zu erstattenden Früchte abzurechnen.

Motive. Nach dem § tritt, wie dieß nach der Dec. 2. v. 1746 auch schon bisher galt, in Fällen, wo es sich um Erstattung der Früchte handelt, eine von Sachverständigen aufzustellende Durchschnittsberechnung an die Stelle der stets dem Einflusse subjectiver Rücksichten Raum gebenden Rechnungsablegung. Diese Vorschrift ist in das Gesetzbuch aufgenommen worden, weil es sich dabei nicht um ein bloßes processualisches Verfahren, wohin nur etwa die Frage, wer die Sachverständigen zu benennen habe und wie viele zu ernennen seien, gehören würde, sondern um materielles, in dem concreten Falle sofort in der condemnatoria selbst festzustellendes, Recht handelt. Mit dem Unterschiede, daß der malae fidei possessor auf die ganze Zeit seines Besitzes die vom Kläger möglicher Weise zu ziehen gewesenen Früchte, der bonae fidei possessor dagegen nur die Früchte, die von ihm selbst und zwar von Zeit der ihm behändigten Klage hätten gezogen werden können, dem Kläger zu erstatten verbunden sei, eine doppelte Modalität des sachverständigen Gutachtens zu verbinden, hielt man nicht für angemessen, weil man zu Vereinfachung der Sache durch das sachverständige Gutachten einen rein objectiven Maßstab, ohne Einmischung subjectiver Rücksichten, festzustellen beabsichtigte. Rücksichtlich der Frage, auf welche Art von Früchten der im § vorgeschriebene Ermittelungsmodus zu beziehen sei, bemerkt man, daß sowohl die fructus civiles, als die naturales darunter fallen, soviel erstere betrifft, ohne Unterschied, ob sie solche sind, deren Gewinnung eine persönliche Thätigkeit, oder die Eingehung eines Rechtsgeschäftes voraussetzt, z. B. Pacht- und Miethzinsen, oder solche, deren Gewinnung eine solche Thätigkeit nicht erfordert, z. B. baare Gefälle. Doch versteht sich, daß in Beziehung auf die letzteren das sachverständige Gutachten blos soweit eintreten kann, als ihre Höhe durch besondere Verhältnisse bedingt ist, indem, wenn sie sich stets gleich bleiben, von einem sachverständigen Gutachten überhaupt nicht die Rede sein kann. Die Vorschrift des § ist keine blos subsidiäre, dergestalt, daß sie nur dann zur Anwendung gebracht werden könnte, wenn die Ermittelung eines wirklich und thatsächlich gewonnenen Fruchtertrages oder die Ermittelung eines dessen Stelle vertretenden Durchschnittsertrages auf Grund von Wirthschaftsbüchern und dergleichen nicht möglich wäre. Was darin über den Eintritt ungewöhnlicher Unglücksfälle und über den Fall eines besonders günstigen Fruchtertrages gesagt wird, hat nur die Bestimmung, weder den Beklagten, noch den Kläger von der Beweisführung gegen das sachverständige Gutachten auszuschließen, wenn besondere Verhältnisse obgewaltet haben, wegen deren der Durchschnittsbetrag entweder nicht erreicht oder überschritten worden ist.

Die in den vorstehenden beiden §§ enthaltenen Vorschriften weichen in mehrfacher Beziehung theils von den Grundsätzen des gemeinen Rechts, theils auch von den Bestimmungen der Decision 2 v. 1746, ab. Zunächst ist der redliche Besitzer zur Herausgabe oder Erstattung der von ihm erhobenen oder auch von der Hauptsache bereits ge-

trennten natürlichen Früchte selbst dann nicht verbunden, wenn sie bei der Benachrichtigung von der Klage noch vorhanden (fructus exstantes) sind.

Daß ein Gleiches auch rücksichtlich der bis dahin erhobenen oder verfallenen bürgerlichen Früchte zu gelten habe, folgt aus dem Grundsatze, daß der redliche Besitzer für die Früchte aller Art erst von Zeit der Benachrichtigung von der Klage an haftet. Sowohl diese, als die weitere dem gemeinen Rechte entlehnte Vorschrift, daß der unredliche Besitzer für die Früchte auf die ganze Zeit seines Besitzes aufzukommen hat, enthält eine Abänderung der Dec. 2 v. 1746, nach welcher der redliche Besitzer die Nutzungen des letzten einen Jahres und der unredliche Besitzer die der letzten drei Jahre vor erhobener Klage zu erstatten hatte. Die Vorschriften über die Berechnung und Feststellung der dem Kläger zu erstattenden Früchte nach einer gewissen Geldsumme dagegen stimmen, mit einigen Erläuterungen, mit der citirten Decision überein, und schließen, da sie nicht subsidiärer Natur sind, sondern unbedingt und bei jedem Besitzer angewendet werden sollen, die Zweifel aus, welche gemeinrechtlich über den Begriff der fructus percipiendi bestehen. Denn in so fern die Früchte nicht in gewissen sich stets gleich bleibenden Geldeinnahmen bestehen, hat das Gutachten der Sachverständigen, ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit der Parteien, sowie ohne Rücksicht auf besondere, den Fruchtgenuß mehrende oder mindernde, Umstände, welche in außergewöhnlichen Naturereignissen oder Zeitverhältnissen und deren Folgen bestehen können, zu bestimmen, was nach der Beschaffenheit der Sache und nach dem Ertrage eines mittleren Jahres bei angemessener Benutzung und Bewirthschaftung an Früchten hätte gezogen werden können. Zu bemerken ist dabei noch in Bezug auf das Verfahren der Sachverständigen und den Gegenstand ihres Gutachtens, daß sich dasselbe auch auf die Gewinnung bürgerlicher Früchte durch Verpachtung, Vermiethung u. s. w. bezieht und daß auch festbestimmte Einnahmen, bei welchen der Natur der Sache nach eine gutachtliche Veranschlagung ihres Betrages nicht stattfinden kann, in die Berechnung mit aufzunehmen sind, weil der § die Rechnungsablegung überhaupt, also auch in dieser Beziehung, erledigen soll. Die Feststellung selbst hat nicht nach einem Durchschnittsbetrage verschiedener Jahre, sondern so zu erfolgen, daß der jährliche Nutzungsbetrag nach einem, auf mittlere Ertragsverhältnisse zu gründenden, Maßstabe ausgeworfen wird. Der Schlußsatz des § 309 ist bei dem redlichen Besitzer nur von solchen, noch vorhandenen Früchten zu verstehen, welche derselbe nach der Benachrichtigung von der Klage erhoben hat.

---

§ 310. Die Kosten und die Gefahr der Herausgabe der Sache trägt der Beklagte, ausgenommen wenn er redlicher Besitzer war, in welchem Falle sie der Kläger zu tragen hat.

---

§ 311. Sind bewegliche Sachen ohne Eigenthumsänderung mit anderen Sachen verbunden worden, so geht die Eigenthumsklage zugleich auf Trennung der ersteren von den letzteren. Die Kosten der Trennung tragen Kläger und Beklagter nach Verhältniß ihrer Antheile. Wenn die Verbindung von einem Betheiligten in unredlichem Glauben vorgenommen worden ist, so trägt dieser die Kosten allein.

Motive. Zu diesem § ist darauf aufmerksam zu machen, daß blos von solchen Verbindungen der Sachen die Rede ist, welche keine Eigenthumsver-

änderung herbeigeführt haben. Daß in den Fällen, in welchen die Eigenthumsklage die Aufhebung der Verbindung, in welcher das Object derselben steht, zum Zwecke hat, es auch eines auf diese vorläufige Maßregel gehenden, in der actio ad exhibendum zur Geltung gelangenden Antrages bedürfe, versteht sich von selbst, obschon dadurch nicht ausgeschlossen ist, daß dieser Antrag mit der Vindication selbst in einem und demselben Libelle verbunden werden, auch nach Befinden, wenn es an einem solchen Antrage fehlt, das nobile officium judicis sich zur Aufrechthaltung der Klage, soweit nicht, wie dieß bei der Frage wegen der Trennungskosten möglich ist, für die Entscheidung thatsächliche Verhältnisse maßgebend sind, wirksam zeigen kann.

Es ist bei dem vorstehenden §, welcher nicht blos auf Fälle der Verbindung im engeren Sinne, sondern auch auf diejenigen Fälle der Vermischung anzuwenden ist, wo eine Trennung möglich und statthaft erscheint, auf die §§ 247 folg. zu verweisen und nur noch zu bemerken, daß, wenn der Antrag auf Trennung mit der Eigenthumsklage verbunden oder von richterlichem Ermessen Amtshalber darauf mit erkannt worden ist, die Ausführung dieser Trennung zur Vollstreckung des Erkenntnisses gehört.

IV. Gegenleistungen des Klägers.

§ 312. Ersatz der nothwendigen Verwendungen auf die Sache kann jeder Inhaber von dem Kläger verlangen.

Motive. Der § unterscheidet in Beziehung auf die Erstattung der nothwendigen Verwendungen auf die Sache nicht zwischen dem Falle, wo die Verwendungen mit, und dem, wo sie ohne die Absicht, die negotia des Eigenthümers zu geriren, gemacht sind; es genügt also die bloße Thatsache, daß durch die Verwendungen dem Eigenthümer die Sache erhalten wird, was namentlich auch für die in § 325 des Entwurfs (§ 314 des B. G.-B.) erwähnten Fälle, und unter diesen vorzüglich für die occupatio bellica, auf welche sich die Dec. 90 von 1661 bezieht, von Wichtigkeit ist.

Bei dem Ersatze der Verwendungen, welche auf eine fremde Sache gemacht worden sind, hat man zu unterscheiden, ob die Verwendung ohne Rücksicht auf eine bestimmte Person als Eigenthümer, also nur mit Rücksicht auf die Sache selbst als Eigenthumsobject, oder ob sie mit Rücksicht auf einen bestimmten Eigenthümer erfolgt ist[1]. Im letzteren Falle ist die Verpflichtung zum Ersatz der Impensen nach den vom mandatum oder der negotiorum gestio geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Im ersteren Falle, auf den sich die §§ 312—318 beziehen, liegt es nicht in der Absicht des Besitzers, sich eine bestimmte Person zu verpflichten, sondern er erfüllt nur die Verpflichtungen, welche dem Rechte des Eigenthums gegenüberstehen, und die Verbindlichkeit des ihm unbekannt gewesenen Eigenthümers zum Ersatze der Impensen hat ihren Grund in dem, einem Miteigenthume vergleichbaren Rechtsverhältnisse, in welches der Besitzer, durch die Verwendung seines Vermögens auf die Sache als Eigenthumsobject, zu der letzteren selbst tritt. Man kann diese Art der Verwendungen als eine negotiorum gestio des Eigenthums betrachten, wobei die Grundsätze des obligatorischen Verhältnisses der negotiorum gestio in Bezug auf den Umfang der Ersatzpflicht, analoge Anwendung finden.

---

1. Vergl. l. 14. § 1. l. 29. D. comm. div.

Die im § 312 aufgestellte Regel leidet eine Ausnahme bei dem Diebe (d. h. Dem, welcher die Sache durch ein strafrechtliches Delict [insbesondere Diebstahl, Unterschlagung] erworben hat), vergl. § 1499. Das B. G.-B. schließt sich in diesem Punkte dem römischen Rechte an, vergl. l. 13 D. de cond. furt. l. 1 C. de inf. exp. Das jus tollendi wird jedoch auch einem solchen Besitzer nicht abzusprechen sein. (Man vergl. Siebenhaar in den Annalen N. F. Bd. 4, S. 297 folg.)

---

§ 313. Den nothwendigen Verwendungen auf die Sache werden Verwendungen gleich geachtet, welche in einer dem Gegenstande angemessenen Weise auf Früchte gemacht worden sind, die nach Herausgabe der Sache erhoben werden.

Motive. Der § steht in Uebereinstimmung mit dem § 77 des Entwurfs (§ 75 des B. G.-B.). Mit den Worten: „in einer dem Gegenstande angemessenen Weise" hat ausgedrückt werden sollen, daß bei Entscheidung der Frage, welche impensae in fructus als necessariae zu betrachten seien, lediglich auf die Beschaffenheit des Objectes, nicht aber auf die persönlichen Verhältnisse des Eigenthümers der Sache Rücksicht genommen werden soll. Die Erstattung anderer impensae in fructus als der necessariae, kann nur nach den Regeln über die impensae in rem verlangt werden.

Die Vorschrift dieses § enthält nur eine Anwendung des bereits in § 75 aufgestellten allgemeinen Grundsatzes auf die Eigenthumsklage und betrifft den bei der Fruchtziehung nöthigen Aufwand für die Früchte, welche bei der Herausgabe der Sache noch nicht gezogen, also mit der letzteren zugleich herauszugeben sind. Es kommen dabei solche natürliche Früchte in Betracht, welche nicht blos durch die Natur, sondern durch Verwendungen auf ihre Gewinnung erzeugt werden. Hinsichtlich der Früchte, welche von dem Beklagten bereits erhoben worden sind, muß, in so weit dieselben nach §§ 308. 309 erstattet werden müssen, der für die Gewinnung und Erhaltung derselben erforderlich gewesene Aufwand bei der nach § 309 zu veranstaltenden Ermittelung durch Sachverständige mit in Aufrechnung gebracht, und dem Beklagten auf diesem Wege vergütet werden.

---

§ 314. Als nothwendige Verwendung auf die Sache gilt auch der Preis, den der Inhaber bei der Erwerbung unter Umständen gezahlt hat, nach welchen anzunehmen ist, daß durch seine Erwerbung dem Kläger die Verfolgung seines Eigenthums möglich geblieben ist. Es ist dieß insbesondere anzunehmen, wenn erbeutete Sachen von dem Feinde erworben worden sind.

Es ist hier zunächst auf die Motive zu § 312 zu verweisen, nach welchen die Berechtigung des Beklagten, den Preis, welchen er selbst für die Sache bezahlt hat, von dem Kläger ersetzt zu verlangen, nicht von der Voraussetzung einer beabsichtigten negotiorum gestio, sondern lediglich davon abhängt, ob die Erwerbung der Sache durch den Beklagten dem Kläger die Anstellung der Eigenthumsklage möglich gemacht hat. Ob dieß anzunehmen sei, muß nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles erwogen werden. Die am Schlusse des § in Bezug auf die Kriegsbeute enthaltene Vorschrift weicht von der Bestimmung der Decis. 90 v. 1661 in so fern ab, als nach der letzteren der Erwerber erbeuteter Gegenstände den dafür bezahlten Preis nur in dem Falle zu beanspruchen befugt

ist, wenn er diesen Erwerb bei Gericht angezeigt und sich dabei zur Auslieferung an den Eigenthümer bereit erklärt hat[1].

---

§ 315. In anderen Fällen kann der Beklagte Ersatz des für die Sache gezahlten Preises nicht verlangen, ausgenommen wenn er die Sache aus einer öffentlichen Versteigerung, welche von einer Behörde oder von einer zur Abhaltung öffentlicher Versteigerungen verpflichteten Person bewirkt worden ist, oder im Meß- oder Marktverkehre von einer zum Handelsbetriebe damit befugten Person in redlichem Glauben erworben hat.

Motive. Soviel diesen § anlangt, so beruhen die darin gemachten Ausnahmen auf der Erwägung, daß den Verkehrsinteressen der Gegenwart gegenüber weder die strenge, dem Beklagten die Forderung des Ersatzes des Erwerbungspreises versagende, Ansicht des römischen Rechtes, noch die das Vindicationsbefugniß beschränkende Regel des deutschen Rechtes „Hand muß Hand wahren" ausschließlich beibehalten werden konnte, sondern ein vermittelndes Princip, nach welchem der Eigenthümer zwar unter allen Verhältnissen das Vindicationsrecht behält, dennoch die in den angegebenen Ausnahmefällen gebotene billige Rücksicht auf den Erwerber der Sache nicht außer Anschlag bleibt, aufgestellt werden mußte.

Das D. Handelsgesetzbuch enthält im Art. 306 einige besondere Vorschriften in Bezug auf Waaren und bewegliche Sachen, welche ein Kaufmann in seinem Handelsbetriebe veräußert und übergeben hat. An diesen soll der redliche Käufer, auch wenn der Verkäufer nicht Eigenthümer war, das Eigenthum erwerben und das früher begründete Eigenthum erlöschen, so daß gegen den redlichen Erwerber gar keine Vindication zuläßig, auch keine Ersitzung für denselben nöthig ist. Jedoch findet nach dem Schlußsatze des Art. 306 diese Vorschrift keine Anwendung, wenn die Sache gestohlen oder verloren war. Es gelangen mithin in diesem Falle die Vorschriften des B. G.-B. auch bei Kaufleuten zur Anwendung, da das Handelsgesetzbuch in Betreff der Vindication verlorener und gestohlener in die Hände eines Kaufmanns gelangter Sachen keine für den Handelsstand günstige Ausnahme von den Landesgesetzen vorschreibt.

Aus den Vorschriften des § 315 folgt, daß in den daselbst erwähnten Fällen der redliche Besitzer das Eigenthum erst durch Ersitzung erwirbt; daß die Eigenthumsklage allenthalben nach den Bestimmungen der §§ 300—311 zu beurtheilen ist und das Anführen des Beklagten, er habe die Sache auf eine der im § gedachten Arten im redlichen Glauben erworben, Gegenstand einer Ausflucht ist, wobei aber dem Beklagten die nach § 188 für die Redlichkeit des Besitzes streitende Vermuthung zu Statten kommt[2].

---

§ 316. Ersatz der nützlichen Verwendungen auf die Sache kann der Beklagte, dem nicht unredlicher Glaube nachgewiesen wird, verlangen, soweit der Werth der Sache zur Zeit ihrer Herausgabe dadurch erhöht ist, und solche Verwendungen

1. Haubold, Sächs. Privatrecht § 188. Hat Derjenige, welcher die Sache vom Feinde erwarb, dieselbe an einen Dritten weiter veräußert, so kann nach Befinden die Bestimmung im ersten Absatz zur Anwendung kommen.

2. Siebenhaar in den Annalen N. F. Bd. 4, S. 306 folg.

von dem Eigenthümer nach seinen Verhältnissen hätten gemacht werden können. Der Beklagte in unredlichem Glauben hat bei diesen Verwendungen und jeder Beklagte bei unverhältnißmäßigen nützlichen, ingleichen bei willkürlichen Verwendungen nur das Recht, Das, was durch die Verwendung hervorgebracht wurde, auf eigene Kosten von der Sache wegzunehmen, soweit es ohne deren Beschädigung geschehen kann. Der Eigenthümer kann die Wegnahme abwenden, wenn er den Werth erstattet, welchen die Einrichtung, im Falle sie weggenommen worden wäre, gehabt haben würde.

Motive. Die Worte: „und solche Verwendungen von dem Eigenthümer nach seinen Verhältnissen hätten gemacht werden können" deuten darauf hin, daß der Inhaber die Erstattung der impensae utiles nur dann verlangen kann, wenn dieselben den Verhältnissen des Eigenthümers angemessen sind und mithin deren Ersatz die Sache dem Kläger nicht zu kostbar macht.

Der § betrifft die Erstattung der a) nützlichen, b) willkürlichen Verwendungen. Bei den ersteren ist zwischen dem redlichen Besitzer, welcher den Ersatz derselben verlangen kann, wenn und soweit der Werth der Sache zur Zeit ihrer Herausgabe dadurch erhöht ist und solche von dem Eigenthümer nach seinen Verhältnissen hätten gemacht werden können[1] und dem unredlichen Besitzer, welcher den Ersatz der nützlichen Impensen in keinem Falle zu fordern berechtigt ist, unterschieden. Hinsichtlich der unverhältnißmäßigen nützlichen und der willkürlichen Verwendungen stehen sich beide Besitzer in so fern gleich, als sie nur das jus tollendi, unter den im § ausgedrückten Beschränkungen haben.

Der redliche Besitzer ist berechtigt, den Ersatz der nützlichen Verwendungen in so weit zu beanspruchen, als der Werth der Sache zur Zeit der Herausgabe dadurch erhöht ist; er kann, also nicht mehr als den Betrag seiner Auslagen, aber auch diesen nur dann verlangen, wenn der vorhandene Mehrwerth der Sache der Summe der Auslagen wenigstens gleich ist. Bleibt dieser Mehrwerth hinter dem Betrage der Auslagen zurück, so muß er sich die Differenz an dem Betrage seiner Auslagen kürzen lassen[2]. Ueber das Verhältniß des § 316 zu den Bestimmungen des B. G.-B. über die Ersatzansprüche bei der Verbindung und Vermischung (§§ 251 folg. 287) ist bereits zu § 287 das Nöthige gesagt worden. Zu gedenken ist nur noch, daß das Gesetzbuch in Betreff der Frage, welcher Kategorie eine Verwendung beizuzuzählen sei, dem richterlichen Ermessen einen möglichst freien Spielraum überlassen mußte.

---

§ 317. Der Eigenthümer kann gegen die Verwendungen, deren Ersatz ihm obliegt, die Früchte in Aufrechnung bringen, welche der Beklagte von der Sache erhoben und nicht zu erstatten hat.

Da nach § 308 der unredliche Besitzer auf die ganze Zeit seines Besitzes für die Früchte haftet, so kann sich dieser § nur auf den redlichen Besitzer und die Früchte beziehen, welche derselbe bis zur Benachrichtigung von der Klage bezogen hat. Die Vorschriften des § 309 über die Ermittelung des Werthes der dem Eigenthümer zu er-

1. Diese Beschränkung entspricht dem gemeinen Rechte: l. 38. D. de R. V.

2. Vergl. hierzu die Entscheidung des O.-A.-G. Annalen N. F. Bd. 1, S. 531 und Bd. 4, S. 306 folg.

stattenden Früchte sind bei dieser Ausgleichung nicht anwendbar, es muß also, eintretenden Falles, der Besitzer über die erhobenen Früchte Rechnung ablegen. (Man vergl. auch Annalen N. F. Bd. 4, S. 314 folg.)

---

§ 318. Der Ersatz der Verwendungen und das Recht auf Wegnahme derselben können sowohl durch eine Einrede gegen die Eigenthumsklage, als mittelst besonderer Klage verfolgt werden.

Motive. Dieser § ist in so fern von Wichtigkeit, als darnach die in den vorhergehenden Paragraphen enthaltenen Grundsätze, welche zunächst das Recht des Beklagten, die Erstattung der Verwendungen in Restitutionsfällen zu verlangen, betreffen, auch auf andere Fälle Anwendung finden und eine auch außerhalb der Vindicationen geltende allgemeine Bedeutung haben.

Wenn nach den allgemeinen Bestimmungen des §, welche auch auf die in §§ 251. 252. 287 erwähnten Ersatzansprüche, wo sie der Vindication gegenüber als Verwendungen in Betracht kommen, anwendbar sind, dem Ersatzberechtigten neben der Einrede auch noch eine besondere Klage gegeben wird, so ist dieß nicht so zu verstehen, als ob damit hätte ausgesprochen werden sollen, daß jede nothwendige oder nützliche Verwendung schon an sich das obligatorische Verhältniß der negotiorum gestio begründe. Denn solchenfalls würde der Verwender ohnedieß die actio negotiorum gestorum contraria haben. Vielmehr soll dem Beklagten nur die formelle Füglichkeit gewährt werden, die zum Ersatze nach §§ 312 folg. geeigneten Verwendungen mittelst einer besonderen Klage geltend zu machen, wenn er die Sache nicht mehr besitzt, oder es vorzieht, seine Ersatzansprüche besonders und nicht im Wege der Exception geltend zu machen.

V. Abwendung der Herausgabe der Sache.

§ 319. Der Beklagte kann sich bei der Eigenthumsklage gegen die Herausgabe der Sache durch eine Einrede schützen, wenn er vermöge eines ihm an der Sache zustehenden Rechtes, oder vermöge einer gegen den Eigenthümer gehenden Forderung auf die Inhabung der Sache berechtigt ist.

Motive. Aus diesem § folgt, daß der Eigenthümer einer Sache auch dann, wenn er die Inhabung der Sache vermöge eines Rechtsgeschäftes auf einen Anderen übertragen hat, zur Anstellung der Vindicationsklage berechtigt, also auf die Klage aus dem Rechtsgeschäfte nicht beschränkt ist, und daß in diesen Fällen das Recht des Beklagten, auf Grund des Rechtsgeschäftes die Inhabung der Sache zu verlangen, die Gestalt einer gegen die Vindicationsklage gerichteten Einrede annimmt. Die Anerkennung der exceptio rei venditae et traditae liegt in der Vorschrift des § 265 des Entwurfs (§ 254 des B. G.-B.).

Nach der im ersten Satze des § enthaltenen Bestimmung würde sich z. B. der Beklagte gegen die Herausgabe der Sache an den Eigenthümer mit dem Einwande schützen können, daß ihm an der vindicirten Sache ein Nießbrauch, oder wenn die Sache eine bewegliche ist, ein Pfandrecht zustehe. Die Behauptung des Beklagten, daß er Eigenthümer der Sache sei, gehört nicht hierher. Denn die Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der Sache setzt voraus, daß der Kläger sein Eigenthum bewiesen habe, und neben

diesem ist ein zweites Eigenthum nicht denkbar. Es fällt also jene Behauptung sachlich in den Bereich des directen Gegenbeweises, obwohl dieselbe nach dem zu § 300 Bemerkten auch die formelle Eigenschaft einer Exception annehmen kann.

Der zweite Satz des § trifft alle Fälle, in welchen der Eigenthümer aus obligatorischen Gründen verbunden ist, dem Beklagten den Besitz oder die Detention der Sache zu überlassen; er umfaßt also auch die Fälle, welche unter den Begriff der exceptio rei venditae et traditae zu bringen sind, in so fern nicht (nach Maßgabe der in §§ 253. 254 aufgestellten Grundsätze) das Eigenthum bereits durch Tradition auf den Beklagten übergegangen ist. Endlich kann noch darauf hingewiesen werden, daß dem Beklagten nach der Vorschrift des § 767 ein Retentionsrecht bis zu seiner Befriedigung wegen der in § 312 folg. gedachten Gegenleistungen zusteht.

---

§ 320. Wer die Sache in fremdem Namen inne hat, kann die Eigenthumsklage von sich abwenden, wenn er Denjenigen nennt, in dessen Namen er Inhaber ist, und dieser den Rechtsstreit an seiner Stelle übernimmt.

Die in diesem § erwähnte nominatio auctoris befreit den Beklagten, wenn der nominatus den Proceß übernimmt, von der gegen ihn angestellten Klage, aber nicht von der Verpflichtung zur Herausgabe der Sache, wenn der nominatus den Proceß nicht übernimmt oder verliert. Die weiteren Bestimmungen über das Verfahren bei der auctoris nominatio und die Frage, ob die gegen den auctor erfolgte Entscheidung auch gegen den nominans vollstreckbar sei, gehören in das Proceßrecht.

VI. Negatorienklage.

§ 321. Beschränkt Jemand thatsächlich das Eigenthum eines Anderen, oder behauptet er ein das Eigenthum des Anderen beschränkendes Recht, so kann der Eigenthümer auf Anerkennung der Freiheit seines Eigenthums, Aufhebung der Beschränkung, Ersatz des ihm zugefügten Schadens und Androhung einer Strafe für weitere Störungen klagen.

Motive. Die sogenannte Negatorienklage wird in diesem Paragraphen als eine Klage behandelt, welche ebenso wie die Eigenthumsklage den Schutz des Eigenthumes bezweckt, von der Eigenthumsklage aber sich in so fern unterscheidet, als sie partielle Beschränkungen des Eigenthumes zum Gegenstande hat, während jene die Bestimmung hat, das Eigenthum in seiner Totalität geltend zu machen. Die Vorstellung, daß die actio negatoria blos gegen Verletzungen des Eigenthumes durch servitutische Rechte gegeben sei, ist dem Gesetzbuche fremd.

Nach dem obigen § ist die Negatorienklage auch im Falle bloßer Verbalturbation, vorausgesetzt, daß diese die Behauptung eines das Eigenthum beschränkenden Rechtes enthält, statthaft. Die Richtung, welche die Negatorienklage nach gemeinem Rechte in so fern hat, als damit auch Sicherheitsbestellung gegen künftige Störung gefordert werden kann, ist als schon in unserem bisherigen Rechte ungebräuchlich, übergangen worden.

Das B. G.-B. hat in diesem und den folgenden §§, in Uebereinstimmung mit der Sächs. Praxis, die in der neueren Zeit auch von den meisten Schriftstellern des gemeinen

Rechtes anerkannte Meinung befolgt, nach welcher die Negatorienklage keine Servitutenklage, sondern eine zum Schutze des Eigenthums bestimmte actio in rem ist, die sich von der Vindication nicht durch den Klaggrund, sondern nur durch die Veranlassung zur Klaganstellung unterscheidet, und gegen jeden auch nur vorübergehenden Eingriff in das Eigenthumsrecht des Klägers gerichtet ist[1]. Demzufolge ist bei der thatsächlichen Störung nicht erforderlich, daß der Beklagte ein Recht zu der vorgenommenen Handlung zu haben behaupte, oder daß sich die Handlung in ihrer äußeren Erscheinung als die factische Ausübung eines Rechtes, namentlich einer Servitut, darstelle. Nur muß die Handlung des Beklagten eine absichtliche und so beschaffen sein, daß sie das Eigenthum des Klägers afficirt und nicht etwa blos in einer absichtlichen oder culposen Beschädigung der Sache besteht. Bei der Prüfung dieser Frage nach den Verhältnissen des einzelnen Falles hat der Richter, zur Vermeidung unnützer und kostspieliger Proceßführung, mit besonderer Vorsicht zu Werke zu gehen[2]. Durch die Worte „das Eigenthum des Anderen thatsächlich beschränken" soll die Herbeiführung eines factischen Zustandes bezeichnet werden, welcher mit dem absoluten Rechte des Eigenthums nicht übereinstimmt und deshalb einen Eingriff in dasselbe enthält. Eine thatsächliche Störung des Eigenthums kann also entweder durch ein unmittelbares, mit der ausschließlichen Herrschaft über die Sache unverträgliches Einwirken auf die letztere selbst, oder durch eine Verhinderung des Eigenthümers in der Ausübung einzelner Eigenthumsbefugnisse bestehen. Als Realturbation der ersteren Art kann auch die Nichtbeseitigung eines durch dritte Personen oder durch Naturereignisse herbeigeführten, das Eigenthum des Anderen beschränkenden Zustandes auftreten, doch wird in derartigen Fällen der Beklagte nach Umständen nur dazu verurtheilt werden können, die Wiederherstellung des früheren Zustandes geschehen zu lassen. (Vergl. Annalen N. F. Bd. 2, S. 403.) Eine Verbalturbation ist nach der Bestimmung des § vorhanden, wenn Jemand ein Recht zu haben behauptet, welches, bestände es, eine Beschränkung des Eigenthums im Sinne des § 222 zur Folge haben würde[3]. Die Berühmung mit Ansprüchen auf die Sache aus obligatorischen Gründen, oder die Behauptung eines Veräußerungsverbotes, einer Dispositionsbeschränkung, würde nicht sowohl eine Negatorienklage, sondern nach Befinden eine Provocationsklage begründen. Behauptet Jemand, daß nicht ihm selbst, sondern einem Dritten ein Recht an der Sache zustehe, so findet die Negatorienklage nicht gegen den Behauptenden, wohl aber, unter der Voraussetzung, daß der Dritte zu der Behauptung Auftrag gegeben hat, gegen diesen statt.

---

§ 322. Der Kläger hat sein Eigenthum und die thatsächliche Störung, oder daß der Beklagte ein Recht behauptet hat, zu beweisen.

Motive. Im gemeinen Rechte herrscht Meinungsverschiedenheit über die Frage, ob bei der actio negatoria der Beklagte die Dienstbarkeit oder der Kläger die Freiheit seines Grundstückes zu beweisen hat. Die eine Meinung geht da-

1. Vergl. Annalen Bd. 5, S. 405. Bd. 7, S. 393. 537. 541. N. F. Bd. 1, S. 43. Bd. 2, S. 549. Bd. 4, S. 114.
2. Vergl. Annalen Bd. 4, S. 540 folg. N. F. Bd. 1, S. 43. Bd. 2, S. 549. Bd. 3, S. 317.
3. Die Berühmung mit einem Pfandrechte kann nur unter besonderen Umständen als wörtliche Störung vorkommen. Als thatsächliche Störung ist es aber in gewissen Fällen zu betrachten, wenn sich Jemand eine Hypothek hat eintragen lassen, oder wenn der hypothekarische Gläubiger die Hypothek, deren Löschung gefordert werden kann, nicht löschen lassen will (vergl. z. B. § 397), oder wenn ein Dritter die Löschung durch eine Verwahrung hindert.

hin, daß der Kläger nur sein Eigenthum an der Sache zu beweisen habe (vergl. vorzüglich Rheinisches Museum für Jurisprudenz Bd. 1, S. 165 folg.), nach der anderen Meinung soll der Kläger auch noch das Nichtdasein des gegnerischen Rechts zu beweisen haben (vergl. vorzüglich Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 16, Abh. 6), eine dritte Meinung unterscheidet, ob der Beklagte im Quasibesitze ist oder nicht und legt im ersteren Falle dem Kläger den Beweis des Nichtvorhandenseins des Rechts, im letzteren Falle dem Beklagten den Beweis der Existenz seines Rechts auf (vergl. namentlich Seuffert, Erörterungen Bd. 2, S. 73 folg.), eine vierte Meinung endlich läßt die Beweislast davon abhängen, ob der Beklagte bereits im Besitzstreite über das Recht geschützt worden sei oder nicht (vergl. Glück, Erl. Bd. 10, S. 254 folg.). In Sachsen ist die erste Meinung die in der Praxis recipirte und der folgende § adoptirt dieselbe, indem er sie auch noch namentlich gegen den Eingang der angegebenen Mittelmeinung sicher stellt.

Die Regeln, welche in §§ 322 und 323 über die Vertheilung der Beweislast bei der negatorischen Klage aufgestellt worden sind, entsprechen der Bestimmung des § 321, nach welcher das Fundament dieser Klage nicht in der sog. natürlichen Freiheit des Eigenthums, sondern in dem Eigenthume besteht, welches dem Eigenthümer die vollständige und ausschließliche Herrschaft über die Sache und somit auch das Recht zur Abwehr jedes unbefugten Eingriffes gewährt. Das Recht, etwas zu thun, wodurch das Eigenthum des Anderen beschränkt wird, läßt sich nicht ohne das Dasein besonderer thatsächlicher Umstände denken, welche nicht präsumirt werden können, sondern von Demjenigen, welcher das Recht in Anspruch nimmt, bewiesen werden müssen. Eben deshalb kann auch die Frage, ob der Beklagte das beanspruchte Recht besitze, oder im Besitze desselben durch richterliche Entscheidung geschützt worden sei, für die Vertheilung der Beweislast bei der actio negatoria nicht maßgebend werden. Denn der Besitz ist eine Thatsache, welche noch keine Vermuthung für das Recht zu besitzen begründet, sondern nur die Folge hat, daß der Nichtbesitzer mit dem Beweise seines Rechtes — hier des Eigenthums — voranzugehen hat. Im Besitzprocesse aber wird nicht über das Recht, sondern nur über die Thatsache des Besitzes entschieden. Ob dieser bestritten oder unbestritten gewesen ist, bleibt ohne Einfluß auf die Verpflichtung des Beklagten, das von ihm behauptete Recht zu beweisen.

Da die Bestimmungen des B. G.-B. über die Beweislast bei der Negatorienklage erschöpfend sind so bedarf es nur noch der Bemerkung, daß in Consequenz derselben die Behauptung des Klägers „es stehe dem Beklagten das behauptete Recht nur in einem geringeren, als dem in Anspruch genommenen Umfange zu“ (sog. actio negatoria restricta, limitata) — ein bei Servituten nicht seltener Fall — keinen anderen Einfluß auf die Beweispflicht des Beklagten äußert, als daß ihm nunmehr der Beweis lediglich noch in Bezug auf den streitigen Umfang seines Rechtes obliegt[1]. Auch ist durch die Vorschriften des B. G.-B. die in der bisherigen sächs. Praxis auf Grund einer mißverstandenen Stelle der Dec. 1 v. J. 1746 und der E. P.-O. ad Tit. XX, § 1 noch hin und wieder vorgekommene Ansicht, es sei das Eigenthum des Klägers bei der Negatorienklage nur als Sachlegitimation zu betrachten und bedürfe deshalb keines förmlichen Beweises, oder es sei zwar auf förmlichen Beweis zu erkennen, dieser jedoch in materieller Beziehung leichter zu nehmen und milder zu beurtheilen, als bei der Vindication, für widerlegt und beseitigt anzusehen.

1. Vergl. Annalen Bd. 2, S. 329.

§ 323. Der Beklagte kann die Klage durch die Einrede abwenden, daß er zu der in Frage stehenden Beschränkung berechtigt sei. Er hat den Beweis dieses Rechtes zu führen, selbst wenn er sich in dessen Besitze befindet und selbst wenn er durch richterliches Erkenntniß in diesem Besitze geschützt worden ist.

Zu diesem § ist auf die vorstehenden Bemerkungen zu verweisen und nur Folgendes noch beizufügen. Unter die Bestimmungen des § fällt u. A. auch der Einwand, es habe der Kläger, bevor er Eigenthümer der Sache geworden, dem Beklagten die von diesem ausgeübte Dienstbarkeit eingeräumt[1]. Ferner ist der § von dem O.=A.=G. in einem Falle, wo der Beklagte behauptet hatte, er habe die als Störung bezeichnete Handlung mit Genehmigung eines dazu berechtigten Dritten vorgenommen — angewendet und auf Beweis dieser Ausflucht erkannt worden. (Vergl. Annalen Bd. 7, S. 93.)

---

§ 324. Wer im Namen eines Anderen fremdes Eigenthum thatsächlich beschränkt, kann die Negatorienklage von sich abwenden, wenn er den Anderen nennt und dieser den Streit an seiner Stelle übernimmt. Soweit ihn selbst eine Verschuldung trifft, bleibt er dessenungeachtet gehalten.

Der § behandelt die nominatio auctoris bei der Negatorienklage. Daß dieselbe nur bei einer thatsächlichen Beschränkung vorkommen kann, nicht auch bei der wörtlichen Störung, folgt aus dem zu § 321 Gesagten von selbst. Die eigene Verschuldung, wegen deren der nominans verhaftet bleibt, wird eine Verbindlichkeit zum Schadenersatze oder, nach Befinden, Wiederherstellung des vorigen Zustandes begründen.

VII. Klagen des rechtmäßigen und redlichen Besitzers.

§ 325. Die dem Eigenthümer zustehenden Klagen kommen bei beweglichen Sachen auch dem rechtmäßigen und redlichen Besitzer unter den sonstigen Voraussetzungen dieser Klagen zu.

Motive. Die Publiciana in rem actio, welche der vorstehend angegebene § zum Gegenstand hat, kann nach dem gegenwärtigen Rechte nur noch bei beweglichen Sachen vorkommen. Bei Immobilien nämlich wird durch das Ingrossationssystem der Publiciana in rem actio die Basis in so fern entzogen, als, dem angegebenen Systeme entsprechend, die Ersitzung von Immobilien ausgeschlossen ist, und daher bei Grundstücken auch von einem Besitze ad usucapionem keine Rede sein kann. Es liegt aber auch kein Bedürfniß vor, die Publiciana in rem actio auf Immobilien zu erstrecken. Demjenigen, welcher einen Rechtsgrund auf Eintragung erlangt hat, ist unbenommen, diese zu beantragen und dadurch Eigenthümer zu werden. Nach dieser Richtung hin existirt also ein die Publiciana in rem actio bedingendes Verhältniß für ihn nicht. Wenn er aber durch die erlangte Ingrossation Eigenthümer geworden ist, so erscheint, da ihm gegen seinen Auctor, der ihm den Besitz des Grundstückes vorenthält, wie gegen jeden

---

1. Vergl. Annalen N. F. Bd. 1, S. 499.

Anderen die Vindication zusteht, die Publiciana in rem actio überflüssig. Insbesondere kann die Fiction, auf welcher die Publiciana in rem actio beruht, daß nämlich die Usucapion als vollendet gilt (vergl. Guyet Public. act., pag. 47 sq.), nachdem die Ersitzung der Grundstücke gänzlich weggefallen ist, keinen Platz mehr finden, und wenn man vorgeschlagen hat, statt dieser Fiction eine andere, z. B. die, daß eine noch nicht geschehene Eintragung als erfolgt zu betrachten sei, aufzustellen, so ist es auch nicht möglich gewesen, diese Fiction mit dem Ingrossationssysteme in Einklang zu bringen. Da die Publiciana in rem actio bei Grundstücken überhaupt ausgeschlossen ist, so kann natürlich der Nachweis eines zu dieser Klage berechtigenden Besitzes auch nicht bei der actio negatoria den Nachweis des Eigenthumes des Grundstückes ersetzen.

Zu obigem § hat man noch zu bemerken, daß, wie die Fassung desselben andeutet, bei beweglichen Sachen, von welchen hier noch allein die Rede ist, die Publiciana in rem actio lediglich auf den zu der dreijährigen Ersitzung berechtigenden Besitz basirt werden kann.

Es ist bereits zu § 226 (S. 236 folg.) bemerkt worden, daß die publicianische Klage bei unbeweglichen Sachen schon durch das Hypothekengesetz vom 6. Novbr. 1843, mit alleiniger Ausnahme der von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossenen Immobilien, in Wegfall gekommen ist, weil sich das Fortbestehen derselben in ihrer römischrechtlichen Auffassung mit den Grundprincipien dieses Gesetzes und den hierauf basirenden speciellen Bestimmungen desselben in §§ 2. 4. 5. 28 nicht vereinigen läßt, nach welchen eine Ersitzung an Grundstücken nicht möglich ist, und der Abschluß eines, selbst vollkommen gültigen und zur Uebertragung des Eigenthumes geeigneten, Rechtsgeschäftes weder an und für sich allein, noch durch den Hinzutritt der Uebergabe etwas Anderes, als einen persönlichen Anspruch, ein obligatorisches Verhältniß, zwischen den Interessenten begründet. Die Ansicht, es gebe auch nach dem Hypothekengesetze noch ein sog. natürliches Eigenthum und eine actio Publiciana bei eintragspflichtigen und eingetragenen Grundstücken, mag ihre Vertheidiger gefunden haben; in der Sächs. Praxis ist sie nicht recipirt worden.[1]

Ein Bedürfniß, dem redlichen und rechtmäßigen Besitzer eines Grundstückes eine, ihrem Zwecke nach der actio Publiciana gleichkommende Klage zu gewähren und dazu irgend welche andere, als die Fiction einer vollendeten Ersitzung, zur Aushülfe zu nehmen, lag nicht vor. Es ist dabei noch darauf aufmerksam zu machen, daß Derjenige, welchem ein Rechtsgrund zum Erwerbe des Eigenthumes zusteht, die Eintragung bei der Grund- und Hypothekenbehörde beantragen und falls sich Anstände gegen die sofortige Eintragung ergeben sollten, die zum Schutze seines Rechtes geeigneten Sicherheitsmaßregeln ergreifen kann, damit ihm nicht ein Anderer in der Eintragung zuvorkomme. Auch darf nicht unbeachtet bleiben, daß bei der Collision mehrerer Adquirenten eben nicht der Besitz, sondern die Zeit des betreffenden Rechtsgeschäftes entscheidend ist, endlich daß sich der im Besitze befindliche Erwerber gegen Störung im Besitze oder Besitzentziehung durch possessorische Klagen zu schützen vermag (vergl. § 205 folg.). Wiederholt ist jedoch darauf aufmerksam zu machen, daß es nach der Anordnung in § 7 der Ein- und Ausführungsverordnung zum B. G.-B. Grundstücke giebt, für welche noch keine Folien bestehen, auf welche mithin auch die auf dem Ingrossationssysteme beruhenden Vorschriften des B. G.-B. noch nicht in ihrem vollen Umfange Anwendung leiden. Bei solchen Grundstücken ist, so lange dieses anomale Verhältniß dauert, der redliche und rechtmäßige Besitzer zur Anstellung der Publiciana in rem actio berechtigt.

1. Zeitschr. f. R. u. V. Bd. 15, S. 97. Annalen Bd. 1, S. 403.

§ 326. Einem rechtmäßigen und redlichen Besitzer ist rücksichtlich der dem Eigenthümer zustehenden Klagen bei beweglichen Sachen auch der Nichtbesitzer gleich zu achten, welcher einen Rechtsgrund zur Erwerbung des Eigenthums für sich hat, bei dem die Erlangung des Besitzes der Sache zur Erwerbung des Eigenthums nicht erforderlich ist, vorausgesetzt, daß sein Rechtsvorgänger, von welchem er seine Erwerbung ableitet, rechtmäßiger und redlicher Besitzer gewesen ist.

Motive. Dieser § bezieht sich auf die Fälle, wo eine unmittelbare Succession, wie z. B. durch Legat, bei welchem der Legatar schon aus dem Besitze des Testators publicianisch zu klagen berechtigt ist, eintritt. Man vgl. §§ 2426. 2451.

---

§ 327. Die erwähnten Klagen können nicht gegen den Eigenthümer angestellt werden, auch nicht gegen Denjenigen, welcher rechtmäßiger und redlicher Besitzer ist und sein Recht von einem anderen Vorgänger ableitet, als der Kläger. Leiten Beide ihre Rechte von demselben Vorgänger ab, so kann die Klage nicht gegen Denjenigen angestellt werden, dessen Recht älter ist.

Motive. Soviel die in diesem § erwähnten Fälle betrifft, in welchen beide Theile, Kläger und Beklagter, ihr Recht von verschiedenen Auctoren ableiten, so kommt, wie dieß auch schon in dem gemeinen Rechte, wenigstens nach der richtigeren Ansicht (man vergl. Pagenstecher Abth. 3, S. 204) der Fall ist, dabei auf das Alter der Rechte nichts an. Hiernach würde dann, wenn Jemandem eine Sache, rücksichtlich deren er sich in conditione usucapiendi befindet, entwendet worden wäre und der Dieb die Sache an einen Dritten verkauft hätte, dieser Dritte, vorausgesetzt, daß er sich beim Ankaufe in bona fide befunden hätte, von dem Bestohlenen nicht mit der Publiciana in rem actio belangt werden können.

Dieser § giebt namentlich den Unterschied der rei vindicatio und Publiciana in rem actio an. Hätte z. B. A. die Sache des B. vom C. gekauft und wäre die Ersitzung nach § 261 vollendet, so würde A., wenn B. nach dieser Zeit wieder in den Besitz der Sache käme, die rei vindicatio wider den B. haben, während er, wenn B. vor der Vollendung der Ersitzung wieder in den Besitz seiner Sache gelangt wäre, die Publiciana in rem actio gegen den B. nicht hätte. Ein zweiter Unterschied ist bereits in den Motiven erwähnt. Uebrigens hat die Publiciana in rem actio nach dem Schlußsatze des § 1094 die sie von der rei vindicatio unterscheidende Eigenthümlichkeit nicht mehr, daß sie auch selbst dann begründet war, wenn der Käufer eine Sache ohne Bezahlung oder Creditirung des Kaufpreises übergeben erhalten hatte.

Sechster Abschnitt.

Miteigenthum.

§ 328. Die ideellen Antheile der Miteigenthümer sind im Zweifel als gleich groß anzunehmen.

Motive. Die Begriffsbestimmung des Miteigenthumes ist § 236 des Entwurfs (§ 225 des B. G.-B.) gegeben. Ueber die Entstehungsarten des Mit-

eigenthumes bedurfte es keiner Bestimmung, weil hierüber die Lehre von der Erwerbung des Eigenthumes den nöthigen Aufschluß giebt.

Die Vorschrift des § 339 des Entwurfs (§ 328 des B. G.-B.) findet ihre Rechtfertigung darin, daß die Mehrheit der Eigenthümer das Miteigenthum bedingt und daher, in Ermangelung einer anderen Bestimmung, der einem jeden Miteigenthümer zukommende ideelle Theil sich lediglich nach der Zahl der Miteigenthümer richten kann.

Das Miteigenthum nach ideellen Theilen kann entstehen: durch Erbfolge, Vermächtniß, Anwartschaft; durch Vertrag, insbesondere Erwerbung zu gemeinschaftlichen Zwecken; durch die Fälle eines Eigenthumserwerbs, in denen, z. B. durch Verbindung, Vermischung, gemeinschaftliche Schatzfindung, nach den Vorschriften des B. G.-B. ein solches Verhältniß eintritt. Ueber das bei Grenzirrungen vorkommende Miteigenthum enthält der § 365 einige besondere Bestimmungen.

---

§ 329. Ueber seinen ideellen Theil kann jeder Miteigenthümer frei verfügen, insbesondere denselben veräußern und sein Recht daran gerichtlich verfolgen.

Motive. Zu diesem § ist zu erwähnen, daß, wenn ein Miteigenthümer seinen ideellen Theil an einen Nichteigenthümer veräußert, der letztere von Zeit seiner Erwerbung an in die Communion tritt. Uebrigens bedarf es wohl nicht der Erwähnung, daß der Miteigenthümer, welcher seinen ideellen Theil veräußert, von den persönlichen Verbindlichkeiten, welche bis zur Zeit der Veräußerung aus der Communion für ihn entstanden sind, nicht befreit wird.

---

§ 330. Zu einer Verfügung über die gemeinschaftliche Sache im Ganzen wird Einwilligung aller Miteigenthümer erfordert.

Motive. Unter der in obigem § erwähnten Verfügung über die gemeinschaftliche Sache im Ganzen sind auch Aenderungen in der bisherigen Verwaltungs- und Benutzungsart zu verstehen. Im Wesentlichen wird in diesem § die Regel „**melior est conditio prohibentis**“ anerkannt.

Hier ist über das Verhältniß der §§ 329 und 330 zu einander noch Einiges zu bemerken. Das B. G.-B. unterscheidet zwischen einer Verfügung der Miteigenthümer über ihre ideellen Antheile und einer Verfügung über die gemeinschaftliche Sache im Ganzen; die erstere steht jedem Miteigenthümer frei, die letztere angehend ist der gemeinrechtliche Grundsatz in re communi potior est conditio prohibentis[1] beibehalten worden. Diese Bestimmungen können zu keinem Zweifel Anlaß geben, wenn man berücksichtigt, daß bei einer Verfügung über den ideellen Antheil nur die vermögensrechtlichen Befugnisse des Miteigenthümers, wie sie das Gesetzbuch angiebt, in Betracht kommen, durch eine Veräußerung oder sonstige Verfügung über den vermögensrechtlichen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache aber oder durch die Verfolgung des Rechtes, welches dem Miteigenthümer als solchem zusteht, die Rechte der übrigen Miteigenthümer nicht beeinträchtigt werden. Eine Verfügung des einzelnen Miteigenthümers über die Sache im Ganzen liegt außer den Grenzen der Rechte, welche derselbe nach § 329 selbständig veräußern oder geltend machen kann. Dabei sind die Worte „im Ganzen“ nicht so zu verstehen, als ob

1. **l. 28. D. comm. div.**

damit das natürliche Ganze den einzelnen physisch trennbaren Theilen entgegengesetzt und die einseitige Disposition über einzelne Theile der Sache als erlaubt bezeichnet werden sollte. Denn das Miteigenthum erstreckt sich gleichmäßig auf das Ganze und die einzelnen Theile der Sache und schließt auch hinsichtlich der letzteren jede eigenmächtige Verfügung des einzelnen Miteigenthümers aus. Vielmehr bezeichnen jene Worte den Begriff einer Verfügung über die Sache im Gegensatze zu dem Begriffe einer Verfügung über den ideellen, vermögensrechtlichen Antheil an der Sache. So kann z. B. der einzelne Miteigenthümer seinen ideellen Antheil verkaufen, vermiethen, verpfänden, aber eine Verfügung über die Sache oder einen physischen Theil derselben steht ihm nicht zu.

---

§ 331. Sind die Miteigenthümer über die Art der Verwaltung und Benutzung einverstanden und ist nur über die Ausführung Meinungsverschiedenheit vorhanden, so entscheidet Stimmenmehrheit nach der Größe der Antheile. Bei Stimmengleichheit hat ein Obmann für eine der verschiedenen Meinungen den Ausschlag zu geben.

Motive. Den Begriff der „Ausführung" zu specialisiren, hielt man nicht für zweckmäßig, weil es, ohne Eingehen auf Casuistik, nicht möglich war, durch eine geeignete Fassung die Fälle, in welchen es sich lediglich um Ausführung eines Beschlusses handelt, im Gegensatze von den Fällen, in welchen die Ausführung selbst wieder eine Beschlußfassung enthält, zu charakterisiren und dem Richter für die Beurtheilung der denkbaren verschiedenartigen Fälle eine bestimmtere Norm zu geben, als diejenige ist, welche in dem Unterschiede zwischen der Fassung eines Beschlusses und der Ausführung desselben liegt.

Die Vorschrift des B. G.-B., nach welcher die vorstehend erwähnte Regel nicht anzuwenden ist, wenn es sich nur um die Ausführung eines gemeinschaftlichen, die Art und Weise der Verwaltung und Benutzung betreffenden, Beschlusses handelt und das an deren Stelle gesetzte Auskunftsmittel hilft einem in der Praxis vielfach anerkannten Bedürfnisse ab. Zur Erläuterung ist noch Folgendes zu bemerken: Es ist selbstverständlich, daß auch die zur Ausführung eines Beschlusses über die Art und Weise der Verwaltung und Benutzung einer gemeinschaftlichen Sache erforderlichen Maßregeln Gegenstand einer besondern Erwägung und Entschließung werden können. Es steht also nach dem § der Beschluß über die Art und Weise der Verwaltung und Benutzung der Entschließung über die Maßregeln gegenüber, welche nur eine Folge der auf einem gemeinschaftlichen Beschlusse beruhenden Art der Verwaltung und Benutzung sind. Der Beschluß über die Modalität der Verwaltung und Benutzung der Sache im Ganzen betrifft eine Verfügung, wozu nach § 330 die Einwilligung aller Miteigenthümer erforderlich ist[1]; bei der Berathung über Maßnahmen, welche die Grenzen der bereits beschlossenen Benutzungs- oder Verwaltungsart nicht überschreiten, und nur die specielle Durchführung Dessen, was im Allgemeinen beschlossen worden ist, bezwecken, findet bei Meinungsverschiedenheit die Abstimmung statt[2].

---

1. Ein Beispiel s. Annalen N. F. Bd. 1, S. 270.

2. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß durch Vertrag, namentlich durch Gesellschaftsstatuten, ein hiervon abweichendes Verfahren festgesetzt werden kann.

§ 332. Eine in einem Rechtsstreite zwischen einem Miteigenthümer und einem Dritten wegen einer die gemeinschaftliche Sache betreffenden Dienstbarkeit ergangene richterliche Entscheidung wirkt weder für, noch gegen die übrigen Miteigenthümer.

Motive. Dieser § steht in Uebereinstimmung mit dem § 1064 des Entwurfs (§ 1032 des B. G.-B.) und beruht wie dieser auf der Erwägung, daß eine rechtskräftige Entscheidung nur die beim Rechtsstreite betheiligt gewesenen Personen verbindet.

Die Vorschrift dieses § beruht, wie schon die Motive bemerken, auf einer consequenten Durchführung des im § 177 enthaltenen Grundsatzes, daß rechtskräftige Entscheidungen formelles Recht nur unter den Parteien schaffen. In Verbindung mit dem § 332 steht der § 564, welcher die Frage entscheidet, ob bei einem das Grundstück betreffenden Processe, das letztere, activ oder passiv, von sämmtlichen Eigenthümern vertreten sein müsse. Dem Kläger wird auf diese Weise die Füglichkeit gewährt, sich, ohne der Abweisung der Klage infolge der sog. exceptio plurium litis consortium[1] ausgesetzt zu sein, wenigstens für seine oder gegen die Person des Beklagten die Vortheile einer rechtskräftigen Entscheidung zu sichern. Es läßt sich auch nicht sagen, daß eine solche Proceßführung ohne praktischen Nutzen für die Parteien sei; der Vortheil derselben zeigt sich zunächst in dem Falle, wenn nur Einer von mehreren Miteigenthümern das Bestehen einer Servitut in Abrede gestellt, oder behauptet hat; er tritt aber auf beiden Seiten noch entschiedener hervor, wenn der Miteigenthümer, welcher den Proceß als Kläger oder Beklagter allein geführt hat, späterhin das Alleineigenthum der Sache erwirbt, indem er solchenfalls die rechtskräftige Entscheidung für sich anziehen kann, aber auch gegen sich gelten lassen muß.

Die Möglichkeit, daß über dieselbe Dienstbarkeit von verschiedenen Miteigenthümern Rechtsstreite geführt und dabei einander entgegenstehende Entscheidungen ertheilt werden, muß allerdings anerkannt werden, weil der Ausgang eines Processes von der Führung desselben und von Umständen abhängt, welche mit der Person der streitenden Parteien zusammenhängen; die Schwierigkeiten aber, welche man bei diesem doch nur seltenen Falle befürchten möchte, sind nicht erheblich genug, um eine Abweichung von der Regel des § 177 zu motiviren, und lassen sich durch angemessene processualische Maßregeln (Adcitation der übrigen Miteigenthümer) beseitigen[2].

---

§ 333. Zur Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache kann jeder einzelne Miteigenthümer die erforderlichen Maßregeln treffen und von den Uebrigen verhältnißmäßigen Beitrag zu den Kosten verlangen. In anderen Fällen wird die Verfügung einzelner Miteigenthümer in Betreff der gemeinschaftlichen Sache nach den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag beurtheilt.

---

1. Diese pflegte das O.-A.-G. in dergleichen Fällen zu berücksichtigen, Annalen Bd. 1, S. 450.

2. Vergl. hierüber die Bemerkungen zu § 177 S. 203 und Siebenhaar, Correalobligationen S. 200. — Bei der ständischen Berathung ist in der II. Kammer ein Antrag auf Wegfall des § gestellt, die Beibehaltung des letzteren aber von der Deputation der Kammer angerathen und von dieser auch beschlossen worden: Landt.-Act., Beil. z. 3. Abth. Bd. 3, S. 776. 814 und Landtagsmittheilungen ders. Kammer, S. 3947.

Motive. In diesem § hat man unter Maßregeln, welche zu Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache erforderlich sind, die Wiederherstellung der Sache nicht besonders hervorgehoben, weil, sofern es sich insbesondere um Gebäude handelt, unter den Begriff der Wiederherstellung auch ein als Neubau zu betrachtender Bau gezogen werden könnte, z. B. wenn ein Miteigenthümer ein eingestürztes oder abgebranntes Gebäude, welches den Bedürfnissen bis dahin entsprochen hat, mit einem dieses Bedürfniß weit übersteigenden Aufwande wieder aufbaute.

Die Vorschrift dieses § im ersten Abschnitte entspricht den Grundsätzen, welche in § 312 hinsichtlich der Eigenthumsklage aufgestellt worden sind. Der Aufwand, welcher zur Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache erforderlich ist, gehört zu den nothwendigen Verwendungen, bei welchen die, hier antheilige, Ersatzpflicht schon durch diese Nothwendigkeit selbst, ohne Rücksicht auf den Gesichtspunkt der Geschäftsführung, begründet wird. Die in den Motiven erwähnte Wiederherstellung der gemeinschaftlichen Sache, namentlich durch Neubaue und Reparaturen, kann die Eigenschaft einer nothwendigen Verwendung haben, es ist dieß aber nicht unbedingt anzunehmen, sondern nach den besonderen Umständen zu bemessen. Mit dem zweiten Absatze des § ist natürlich nicht ausgedrückt, daß jede andere Verwendung ohne Weiteres einen Anspruch auf Grund der auftraglosen Geschäftsführung begründe, sondern nur, daß die über die letztere im B. G.-B. enthaltenen Grundsätze für die Frage, ob dieser Anspruch existire, maßgebend sein sollen.

---

§ 334. Die Früchte der gemeinschaftlichen Sache gebühren jedem Miteigenthümer nach der Größe seines Antheils. Der Gebrauch der gemeinschaftlichen Sache steht jedem Miteigenthümer frei, wenn derselbe ohne Beeinträchtigung der übrigen Miteigenthümer stattfinden kann. Soweit dieß nicht der Fall ist, kann Jeder einen seinem Antheile entsprechenden Gebrauch verlangen.

Motive. Soviel den Schlußsatz dieses § betrifft, so bezieht sich derselbe blos auf den Fall, wo die Communionsinteressenten in communione bleiben wollen. Für diesen Fall, welcher, ungeachtet der zu jeder Zeit zulässigen Provocation auf Theilung, vorkommen kann, machte sich eine Bestimmung nöthig, durch welche die Regel: melior est conditio prohibentis zweckmäßig modificirt wird.

Die Art und Weise, wie sich die Miteigenthümer in den Gebrauch der Sache zu theilen haben, ist zunächst und am zweckmäßigsten der eigenen Uebereinkunft (ohne Entscheidung durch Stimmenmehrheit) zu überlassen. Da indessen das B. G.-B. jedem einzelnen Miteigenthümer ein Recht auf den Gebrauch der Sache zugesteht, in so weit derselbe ohne Beeinträchtigung der übrigen stattfinden kann, so muß, wenn eine Uebereinkunft nicht zu Stande kommt, auf Anrufen eine richterliche Entscheidung eintreten, durch welche der Gebrauch der Sache zwischen den einzelnen Miteigenthümern regulirt wird. Das Recht, auf Theilung zu provociren, wird hierdurch nicht ausgeschlossen, es steht vielmehr dem Miteigenthümer, welcher sich bei der Anordnung des Richters nicht beruhigen will, zu jeder Zeit die Anstellung der Theilungsklage frei. Hinsichtlich der natürlichen Früchte der gemeinschaftlichen Sache ist zu bemerken, daß dieselben nach § 244 durch die Trennung von der Hauptsache als neue Sachen in das gemeinschaftliche Eigenthum übergehen[1].

1. Ueber die Möglichkeit einer durch Observanz begründeten Benutzungsweise vergl. Annalen N. F. Bd. 2, S. 551.

§ 335. Zu den auf der Sache haftenden Lasten, ingleichen zu den Verwendungen, welche zur Erhaltung oder zur regelmäßigen Benutzung der Sache nöthig sind, hat jeder Miteigenthümer nach der Größe seines Antheils beizutragen.

Motive. In diesem § hat man einen dahin gehenden Satz, daß, wenn ein Miteigenthümer seiner Verbindlichkeit, zu den zu Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache nöthigen Kosten beizutragen, nicht nachkomme, oder nicht nachzukommen vermöge, jeder andere Miteigenthümer berechtigt sei, von ihm Abtretung seines Antheiles gegen Entschädigung zu fordern, nicht aufgenommen, weil, obschon derselbe zum Theil schon im Röm. Rechte begründet (l. 4. § 3. D. communi divid., l. 52. § 10. D. pro socio, l. 4. Cod. de aedif.) und in dem oben angegebenen Umfange in neuere Gesetzgebungen übergegangen ist, darin ein Eingriff in wohlerworbene Rechte liegt, welcher umsoweniger gerechtfertigt erscheint, als es Demjenigen, welchem dadurch ein Vortheil zugesprochen werden soll, freisteht, auf Aufhebung der Gemeinschaft anzutragen.

---

§ 336. In Angelegenheiten der Gemeinschaft haftet jeder Miteigenthümer den Uebrigen für den Fleiß, welchen er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Motive. Welchen Umfang die sog. diligentia quam in suis rebus hat, zu welcher die condomini nach diesem § in ihren gegenseitigen Beziehungen verpflichtet sind, ist § 749 des Entwurfs (§ 730 des B. G.-B.) angegeben.

---

§ 337. Jeder Miteigenthümer kann die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen.

Motive. In diesem § wird, vorbehältlich der im folgenden § berücksichtigten Fälle einer ausdrücklichen Verzichtleistung, das Recht, ad divisionem zu provociren, nicht an die Beschränkung geknüpft, daß dasselbe nicht zur Unzeit oder zum Nachtheile der Miteigenthümer ausgeübt werden dürfe. Eine solche Beschränkung hielt man nämlich nicht für zweckmäßig, weil in dem condominium, welches auch ohne ein auf dessen Begründung gerichtetes Rechtsgeschäft zwischen den condominis entstehen kann, irgend ein Anhalten dafür, daß bei der Provocation zur Theilung auf die Interessen der condomini Rücksicht zu nehmen sei, nicht liegt, auch in der Mehrzahl der Fälle bis zum Austrage der über die Auseinandersetzung entstehenden Differenzen ein Zeitraum verfließen wird, welcher den etwa wünschenswerthen Aufschub von selbst gewährt.

Zu bemerken ist hier nur, daß die Bestimmung des §, nach welcher das Recht, auf Theilung anzutragen, von der Frage, ob dieselbe an der Zeit und ohne Nachtheil für die Miteigenthümer auszuführen sei, unabhängig ist — die proceßrechtliche Befugniß des Richters, zur Ausführung der Theilung selbst ein, den Umständen entsprechendes modicum tempus zu bestimmen, nicht unbedingt ausschließen würde.

---

§ 338. Ein Verzicht auf das Recht, Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ist gültig, verpflichtet jedoch nicht die Erben. Ein auf immer oder auf unbestimmte Zeit erklärter Verzicht verpflichtet den Verzichtenden nur auf zwanzig Jahre.

Motive. Zu vorstehendem § erwähnt man, daß erstens die rechtlichen Folgen der Verzichtleistung auf das Recht der provocatio ad divisionem um deswillen blos auf die condomini selbst beschränkt worden sind, weil der Verzicht im Zweifel auf mit dem Tode wegfallenden persönlichen Rücksichten beruht, auch durch den Eintritt der Erben eine neue communio entsteht, auf die der Verzicht nicht zu extendiren ist, zweitens der § auf Fälle, in welchen der Aufhebung des Miteigenthumes die Anordnung eines Dritten entgegensteht, nicht anwendbar ist, drittens in dem § 1411 des Entwurfs (§ 1382 des B. G.-B.) rücksichtlich der Aufkündigung einer Gesellschaft eine Ausnahme von der Vorschrift des § gemacht wird, viertens an dem § 136 des Ablösungsgesetzes vom 17. März 1832 etwas nicht hat geändert werden sollen, endlich fünftens auch in den im Schlußsatze des obigen § erwähnten Fällen, wenn ein condominus vor Ablauf der dort angegebenen Zeit stirbt, die Verzichtleistung ihre Kraft verliert.

Die Bestimmungen dieses § sind mit denen des vorhergehenden, zu welchen sie sich wie die Ausnahme zur Regel verhalten, zu verbinden, aber auch in ihren einzelnen Theilen genau zu erwägen. Der erste Absatz lautet im Allgemeinen von der Verzichtleistung auf das Recht, Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, umfaßt also nicht blos den Vertrag, wodurch auf dieses Recht für immer, oder auf unbestimmte Zeit, sondern auch den Vertrag, wodurch auf dasselbe für einen bestimmten Zeitraum verzichtet worden ist. Eben so allgemein, wie die Gültigkeit dieser Verträge, ist nun auch die Beschränkung derselben auf die Person des Verzichtleistenden ausgesprochen, woraus folgt, daß auch der Vertrag ne ad certum tempus dividatur, weder die Erben, und noch weniger den Singularsuccessor bindet, sollte auch, was erstere betrifft, die bestimmte Zeitfrist beim Tode des Erblassers noch nicht abgelaufen sein. Der zweite Absatz des § führt noch eine weitere Beschränkung in Betreff der Dauer der Verbindlichkeit in der Person des Verzichtleistenden selbst ein, welche sich auf zwanzig Jahre erstreckt, wenn der Verzicht auf immer oder auf unbestimmte Zeit ausgesprochen worden ist.

---

§ 339. Die Art und Weise einer Theilung der gemeinschaftlichen Sache hängt zunächst von der Uebereinkunft aller Miteigenthümer ab. Wählen sie das Loos, so macht der den Lebensjahren nach älteste Miteigenthümer die Theile, die anderen ziehen, je der jüngste zuerst.

Motive. In diesem § hat man das sog. Kürrecht beibehalten, weil dasselbe bereits in dem alten Sachsenrechte begründet und in dem Rechtsbewußtsein des Volkes tief eingewurzelt ist.

Die Vorschrift ist theils gemeinrechtlich, theils entspricht sie dem im alten Sachsenrechte anerkannten Kürrechte[1].

---

1. Vergl. über dasselbe nach gemeinem und K. S. Rechte, Haubold, Sächs. Privatrecht § 355a.

§ 340. Die Theilungsklage geht unter den Miteigenthümern auf Theilung der gemeinschaftlichen Sache und auf Ausgleichung der aus der Gemeinschaft entstandenen Ansprüche. Wegen der letzteren kann sie auch selbständig, sowohl vor als nach Aufhebung der Gemeinschaft, angestellt werden. Bei der Theilungsklage kann auch der Beklagte Verurtheilung des Klägers verlangen.

Motive. Aus diesem § hebt man hervor, daß die Theilungsklage (actio communi dividundo), welche, da sie weiter nichts als ein Antrag auf Theilung der gemeinschaftlichen Sache ist, den Beweis des Miteigenthumes und das Recht, ad divisionem zu provociren voraussetzt, unter anderen auch die Auseinandersetzung der Interessenten rücksichtlich der aus der Communion hervorgegangenen sog. personales praestationes (wegen deren jedoch auch separatim geklagt werden kann) bezweckt und ein sog. judicium duplex ist, dergestalt, daß auch derjenige Interessent, welcher auf Theilung provocirt, namentlich auch rücksichtlich der angegebenen personales praestationes, wenn sie in das Theilungsverfahren hineingezogen worden sind, verurtheilt werden kann.

Die Frage, ob eine außergerichtliche Theilung wegen Ungleichheit der Theile[1] angefochten und eine anderweite gerichtliche Theilung, vermittelst der Theilungsklage gefordert werden könne, ist in diesem und dem vorhergehenden § nicht speciell entschieden worden. Wenn die ungleiche Theilung durch Zwang, Irrthum oder Betrug veranlaßt worden ist, wird man dieselbe zu bejahen und dabei die Vorschriften der §§ 830 folg., nach Befinden auch der §§ 1411—1414, anzuwenden haben. Außerdem aber ist sie, da das B. G.-B. eine Bestimmung darüber, daß der Theilungsvertrag aus dem Grunde einer bloßen Ungleichheit der Vertheilung angefochten werden könne, nicht enthält und im § 864 selbst die Anfechtung eines Vertrages auf Grund der sog. laesio enormis (l. 2. C. de rescind. emt. vend.) aufgehoben worden ist, richtiger zu verneinen. Auf den zweiten Absatz des § 340 würde man sich für die entgegengesetzte Ansicht nicht berufen können, weil derselbe nur in Ansehung der, anläßlich der Gemeinschaft, entstandenen rein persönlichen Nebenansprüche die Theilungsklage auch nach Aufhebung der Gemeinschaft noch zuläßt. (Man vergl. übrigens noch die Bemerkungen zu § 2352.)

---

§ 341. Die Theilung ist in der für die sämmtlichen Miteigenthümer angemessensten Weise vorzunehmen. Je nach den Umständen kann natürliche Theilung der gemeinschaftlichen Sache, oder Vertheilung der mehreren gemeinschaftlichen Sachen unter die verschiedenen Miteigenthümer, oder Versteigerung der Sache und Theilung des Erlöses, oder Ueberlassung der Sache an einen Miteigenthümer zum Alleineigenthume gegen Abfindung der Uebrigen verlangt werden.

Motive. Die richterliche Thätigkeit bei Theilung einer gemeinschaftlichen Sache wird gewöhnlich dahin bestimmt, daß, wo natürliche Theilung möglich sei, diese, im entgegengesetzten Falle die Versteigerung der Sache, zuerst unter den Communionsinteressenten und an zweiter Stelle unter Zulassung Dritter verlangt werden könne, und nur in subsidium, unter Verhältnissen, wo eine Versteigerung

---

1. Vergl. l. 3. C. communia utriusque jud.

nicht thunlich, zur Adjudication der Sache an einen Communionsinteressenten gegen Entschädigung der übrigen zu verschreiten sei. Man hat Bedenken getragen, den Theilungsrichter durch eine solche Rangordnung unter den verschiedenen Theilungsmodalitäten zu binden, zumal gerade die an die Spitze gestellte natürliche Theilung in vielen Fällen, wenn auch ausführbar, doch am wenigsten zweckmäßig sein kann. Vielmehr hat man für angemessen gehalten, den Richter unter den in diesem und den folgenden §§ aufgestellten Theilungsarten nach seinem Ermessen wählen zu lassen. Als bloße Anweisungen für den Richter können diese Vorschriften nicht gelten, indem es dabei auf Rechte der Communionsinteressenten ankommt, deren Anerkennung das Theilungsverfahren zum Ziele hat, obschon dem richterlichen Ermessen dabei ein etwas freierer Spielraum zukommt.

Daß durch die Adjudication beim Theilungsverfahren das Eigenthum ipso jure, ohne daß es einer Uebergabe bedarf, erworben wird, folgt aus dem § 268 des Entwurfs (§ 257 des B. G.-B.).

Wie bei der Theilung gemeinschaftlicher Sachen mit den die letzteren betreffenden Urkunden zu verfahren sei, brauchte nicht erst bestimmt zu werden, weil die Bestimmung darüber dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben muß.

Aus den Motiven ist herauszuheben, daß die verschiedenen Arten der Theilung, welche der § erwähnt, nicht in einer bestimmten Reihefolge eintreten sollen, daß also namentlich eine natürliche Theilung auch da, wo sie an sich möglich ist, nicht unbedingt beantragt oder vom Richter verfügt zu werden braucht, sofern sich ein anderer Theilungsmodus im allseitigen Interesse als zweckmäßiger erweist. Die Wahl des letzteren hängt aber auch nicht ausschließlich von dem Ermessen des Richters ab, da nach dem § die eine oder die andere Art der Theilung von den Interessenten verlangt werden kann; die letzteren sind also an sich berechtigt, ihre Anträge auf eine bestimmte Art der Theilung zu stellen und im judicium divisorium gehörig zu begründen, der Richter aber hat zu erwägen, ob, den obwaltenden Umständen nach, der beantragte Theilungsmodus sach- und zweckgemäß und deshalb auch gegen den Widerspruch der übrigen Miteigenthümer der Entscheidung zu Grunde zu legen sei. Die natürliche Theilung einer Sache wird sich nur dann für rechtlich zulässig erachten lassen, wenn sich die körperliche Sache dergestalt in mehrere Theile zerlegen läßt, daß sich in denselben die Eigenschaften des Ganzen, nur in verhältnißmäßiger Verminderung, wiederfinden, und die Theilung daher so auszuführen ist, daß das Abgetrennte wieder ein kleineres Ganze wird. Ein Beispiel davon s. Annalen Bd. 3, S. 226. Bei der natürlichen Theilung von Grundstücken kann auch eine für die Bewirthschaftung nöthige Servitut durch den Richter bestellt werden (vergl. § 348).

---

§ 342. Die Versteigerung geschieht, wenn die gemeinschaftliche Sache nur für die Miteigenthümer Werth hat, oder die Veräußerung derselben an einen Fremden untersagt ist, nur unter den Miteigenthümern.

Die Versteigerung hat in der Regel unter freier Concurrenz der Bietungslustigen zu geschehen. Die Miteigenthümer können sich als Bieter betheiligen, aber ohne auf Grund ihres Miteigenthums eine Bevorzugung vor fremden Bietern beanspruchen zu dürfen. Eine Ausnahme gilt nur in dem im § angeführten beiden Fällen, von welchen der erstere z. B. eintreten kann, wenn Familiengemälde, Ehrengeschenke u. dergl. ohne allgemeinen Geldwerth, zur Vertheilung gelangen. Obschon übrigens nach dem § die Miteigenthümer kein gegenseitiges Recht haben, die freie Concurrenz bei der Versteigerung zu

verbieten, ist es doch selbstverständlich, daß sich dieselben über eine Versteigerung blos unter sich vereinigen können (vergl. § 339).

---

§ 343. Wird die gemeinschaftliche Sache einem Miteigenthümer zum Alleineigenthume gegen Abfindung der Uebrigen überlassen, so kann die letztere auch in der Bestellung eines Rechtes an der Sache bestehen. Die Abfindung kann auch mit der natürlichen Theilung der Sache und mit der Vertheilung der mehreren Sachen unter die Miteigenthümer verbunden werden.

Die Rechte, welche zu oder bei der Abfindung bestellt werden dürfen, würden z. B. in einem Auszuge, einem Wohnungsrechte, einem Nießbrauche, einer Hypothek bestehen können.

---

§ 344. Die Ausgleichung der aus der Gemeinschaft entstandenen Ansprüche wird durch Theilung der aus der gemeinschaftlichen Sache gezogenen Früchte, durch Erstattung der auf dieselbe gemachten Verwendungen und durch Ersatzleistung für Schäden bewirkt.

Die neben der Theilung der gemeinschaftlichen Sache noch in Betracht kommende Ausgleichung über die während der Gemeinschaft gegenseitig entstandenen Ansprüche (sog. personales praestationes) erstreckt sich rücksichtlich der Früchte nicht blos auf die noch vorhandenen, mit Einschluß der baaren Geldeinnahmen, sondern auch auf die bereits erhobenen und consumirten, in so weit daran der Einzelne mehr als ihm nach § 334 gebührt, an sich genommen und verwendet hat. Der bloße Gebrauch der Sache kommt nicht mit in Anschlag.

Siebenter Abschnitt.

Verhältnisse benachbarter Grundstücke.

I. Nothweg.

§ 345. Der Eigenthümer eines Grundstücks kann von seinen Nachbarn die Gestattung eines Weges über ihre Grundstücke verlangen, wenn ohne solchen die wirthschaftliche Benutzung seines Grundstücks nicht möglich ist, oder wenn der Aufwand für Anlegung eines anderen, als des von ihm verlangten Weges, oder die aus dem Gebrauche eines vorhandenen anderen Weges entstehende Beschwerde zu dem Nutzen, welchen sein Grundstück gewährt, in keinem Verhältnisse stehen würde. Für die Gestattung des Weges hat der Eigenthümer Entschädigung zu leisten.

Motive. In diesem § hat durch die Worte: „wirthschaftliche Benutzung" auf die durch Gestattung eines Nothweges zu erzielende Ermöglichung einer durch die Natur der Sache selbst bedingten und die hierdurch gezogenen Grenzen nicht überschreitenden Benutzung des Grundstückes, gleichviel ob es zur Bewohnung oder

zum Betriebe der Landwirthschaft bestimmt sei, hingewiesen und was über diese Benutzungsmodalität hinausgeht, als ungeeignet, den Anspruch auf den Nothweg zu begründen, bezeichnet werden sollen.

Durch den Satz „oder wenn der ——— stehen würde" wird allerdings das strenge Recht gebeugt, doch findet derselbe in der besonderen Natur der nachbarlichen Verhältnisse, welche Rücksichten auf Gewährung gegenseitigen Nutzens durch Zugeständniß von Erleichterungen in der Benutzung eines Grundstückes gegen einander erheischen, sowie in dem Interesse, welches der Staat daran hat, daß die Grundstücke möglichst vollständig benutzt werden, seine Rechtfertigung. Nur versteht es sich, daß auch hier blos objective Rücksichten entscheiden dürfen.

Wenn mehrere Grundstücke vorhanden sind, über die der Nothweg möglicher Weise gelegt werden kann, so finden die Vorschriften in diesem § in so fern ebenfalls Anwendung, als es sich um die Frage handelt, auf welches Grundstück der Nothweg zu legen sei; es kann auch durch die Verhältnisse geboten sein, den Nothweg über mehrere benachbarte Grundstücke in der Weise zu legen, daß von jedem derselben Areal zu dem Nothwege zu verwenden ist.

Die in diesem und den folgenden §§ über die Gestattung eines Nothweges ertheilten Vorschriften stimmen, sieht man von der im zweiten Absatze der Motive berührten und gerechtfertigten Bestimmung ab, mit den Grundsätzen überein, welche bisher in der Sächs. Praxis befolgt worden sind. Es ist nächst Dem, was bereits die Motive bemerklich gemacht haben, insbesondere darauf hinzuweisen, daß die Nothwendigkeit eine absolute oder relative sein kann, und daß es letzterenfalls nach dem § darauf ankommt, in welchem Verhältnisse der Aufwand für Herstellung eines anderen oder die Beschwerde bei der Benutzung eines bereits vorhandenen Weges zu dem Nutzen des Grundstücks stehen, zu dessen Bewirthschaftung oder Benutzung der Nothweg dienen soll, also nicht darauf, ob der Aufwand oder die Beschwerde, welche den Wegebedürftigen ohne die Gestattung des Nothweges betreffen würde, größer als die Belästigung des Grundstücks ist, auf welchem der Nothweg gestattet werden soll.

---

§ 346. Eine willkürliche Aenderung in der wirthschaftlichen Benutzung des Grundstücks oder das persönliche Bedürfniß des Eigenthümers berechtigt nicht zu dem Verlangen eines Nothweges.

Motive. Dieser § hat die Bestimmung, noch schärfer hervorzuheben, daß subjective Wünsche in Betreff der Benutzung des Grundstückes zu Bestellung eines Nothweges nicht hinreichen, vielmehr dafür lediglich objective Gründe entscheiden können.

---

§ 347. Der Nothweg ist auf das Bedürfniß des Grundstücks zu beschränken und seine Richtung so festzustellen, daß auf der einen Seite die Grundstücke, über welche er führt, möglichst wenig belästigt, auf der anderen Seite aber Dem, welcher den Weg verlangt, nicht unverhältnißmäßige Kosten verursacht werden.

Motive. In diesem § soll mit den Worten: „Der Nothweg ist ——— zu beschränken" nicht das, was in dem Satze „servitus est civiliter exercenda" liegt, sondern der Sinn ausgedrückt werden, der Richter habe bei der Gestattung des Nothweges nur so viel einzuräumen, als das Bedürfniß erfordert.

Zu vergleichen ist hier das in den Motiven zu § 345, Abs. 3 Bemerkte.

Die Bestellung des Nothweges erfolgt durch den Richter und ist Gegenstand der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der Wegebedürftige hat sich also mit seinem Antrage an den Richter zu wenden, welcher sodann, nach vorheriger Besichtigung und, danöthig unter Zuziehung Sachverständiger, vorgenommener Erörterung der Verhältnisse die weitere Verfügung nach Anleitung der in § 345 enthaltenen Regeln zu treffen hat. Gegen die Negatorienklage kann sich der Beklagte mit der Behauptung, der beanspruchte Weg sei ihm nöthig, nicht schützen, es ist daher auch auf den Beweis der Nothwendigkeit nicht zu erkennen. Auch zur Ausführung bei einer Confessorienklage ist der Anspruch auf Bestellung eines Nothweges nicht geeignet, weil diese Klage das Bestehen der Dienstbarkeit voraussetzt[1].

---

§ 348. Hat Jemand dem Anderen ein Recht eingeräumt, zu dessen Ausübung ein Weg über das Grundstück des Einräumenden nothwendig ist, so wird angenommen, daß der erforderliche Weg unentgeltlich zu gestatten sei.

Motive. Dieser und der folgende § enthalten nicht sowohl Vorschriften über den eigentlichen Nothweg, als einige auf die Pflicht zu Bestellung von Wegen bezügliche Interpretationsregeln, wie sie auch schon das gemeine Recht kennt (l. 10. D. de serv. praed. u., l. 1. § 1—3. D. si usufructus petatur, l. 15. § 1. D. de usuf. legat.); man hat sie hier wegen ihrer Verwandtschaft mit dem Nothwege aufgenommen. Daß der Theilungsrichter die etwaige Realtheilung eines Grundstückes so vorzunehmen hat, daß die nöthigen Wegegerechtigkeiten gegenseitig mit bestellt werden, versteht sich von selbst.

Des Rechtes der Anwende, das heißt das Recht, beim Pflügen auf dem Boden des Nachbars den Pflug umzuwenden (Tret- oder Anwenderecht), hat man nicht gedacht, weil ein solches Recht, soweit es nicht durch Ersitzung oder sonst besonders erworben war, schon bisher nicht bestand.

Die Vorschrift dieses § ist namentlich auf solche Fälle anwendbar, wo ein Nießbrauch oder ein Befugniß zum Wasserholen bestellt worden ist.

Die Gestattung eines eigentlichen Nothweges unterscheidet sich von dem Wege, welchen nach der Bestimmung des § 348 für thatsächlich eingeräumt gilt, namentlich auch dadurch, daß der letztere unentgeltlich zu gewähren ist, und nicht erst vom Richter bestellt zu werden braucht. Dieser unentgeltliche Weg muß aber zur Ausübung des eingeräumten Rechtes nothwendig sein, kann also nicht beansprucht werden, wenn der Berechtigte bereits einen geeigneten Zugang hat; übrigens ist für den Umfang, in welchem der Weg zu gestatten ist, das Bedürfniß des Berechtigten dergestalt maßgebend, daß ihm der Weg in so weit gestattet werden muß, als dieß zur vollständigen Ausübung des Rechtes erforderlich ist[2].

---

§ 349. Hat Jemand einen Theil seines Grundstücks an einen Anderen veräußert, so muß er diesem, wenn er zur wirthschaftlichen Benutzung des erworbenen Theiles einen Weg über den zurückbehaltenen Theil nöthig hat, denselben unent-

---

1. Vergl. Annalen N. F. Bd. 2, S. 36.

2. So auch gemeinrechtlich; vergl. l. 1. § 3. D. si usufr. pet.: „et recte putat, prout ususfructus perceptio desiderat, hoc ei praestandum."

geltlich einräumen. Hat er zur wirthschaftlichen Benutzung des zurückbehaltenen Theiles einen Weg über den veräußerten Theil nöthig, so muß der Erwerber dieses letzteren ihm den Weg zwar einräumen, jedoch gegen Entschädigung.

Bei diesem § ist lediglich auf die Motive und die Bemerkungen zu § 348 zu verweisen.

II. Errichtung, Ausbesserung oder Wiederherstellung eines Bauwerks.

§ 350. Kann die Errichtung, Ausbesserung oder Wiederherstellung eines Bauwerks nicht bewirkt werden, ohne daß ein Baugerüste auf oder über des Nachbars Boden errichtet wird, oder Baumaterialien auf demselben herbeigeführt oder niedergelegt werden, so ist der Nachbar solches zu dulden schuldig, kann jedoch für den ihm hieraus entstehenden Schaden vom Eigenthümer des Bauwerks Ersatz verlangen.

Motive. In diesem § ist blos Dasjenige zusammengestellt, was theils vermöge eines auf der Ueberzeugung der Nothwendigkeit beruhenden Gewohnheitsrechts, theils vermöge besonderer Bauordnungen schon bisher galt. Da der Grundstückseigenthümer, welcher die Aufstellung von Baugerüsten oder die Herbeiführung oder Niederlegung von Baumaterialien zu dulden hat, Schadenersatz zu verlangen berechtigt ist, so versteht es sich von selbst, daß derselbe nach Befinden deshalb auch schon vorher Caution fordern kann.

Die Vorschriften dieses § beziehen sich, wie der Eingang lehrt, sowohl auf die Errichtung neuer, als auf die Reparatur oder den Wiederaufbau bereits vorhandener, bezüglich vorhanden gewesener Gebäude. Die Bestimmungen über die Verbindlichkeit zum Schadenersatze sind nicht so zu verstehen, als ob der Eigenthümer des Nachbargrundstücks für die Gebrauchsgestattung des nöthigen Raumes unter allen Umständen eine Entschädigung fordern könnte, vielmehr beschränkt sich der Anspruch in der Regel auf die Vergütung des Schadens, welcher durch Aufschlagung des Gerüstes, Herbeischaffung oder Niederlegung der Baumaterialien an dem Grundstücke selbst oder den darauf befindlichen Früchten verursacht worden ist[1].

---

§ 351. Der Eigenthümer eines Bauwerks ist dem Nachbar für den Schaden verantwortlich, welchen die Baufälligkeit desselben verursacht, wenn sie in Fehlern der Bauart oder im Mangel der erforderlichen Erhaltung ihren Grund hat.

Motive. Dieser § ist aus dem Code Napoléon genommen. Hierdurch ist die cautio damni infecti in so fern überflüssig geworden, als ihre Tendenz dahin ging, den Besitzer eines baufälligen Hauses zum Ersatze des Schadens, welcher durch den Einsturz verursacht werden würde, zu verpflichten. Nach anderen Richtungen hin fällt die cautio damni infecti unter polizeiliche Gesichtspunkte.

1. Unter Hinzutritt besonderer Umstände kann eine, nach den allgemeinen Grundsätzen über Schadenersatz zu beurtheilende weitergehende Verpflichtung entstehen.

Nach gemeinem Rechte[1] sollte die cautio damni infecti dazu dienen, einen Anspruch auf Ersatz des durch ruinöse Bauwerke verursachten Schadens zu vermitteln. Da nun das B. G.-B. dem auf diese Weise Beschädigten einen unmittelbaren Anspruch auf Schadenersatz zugesteht, so hat dadurch die cautio damni infecti ihren privatrechtlichen Zweck verloren. In so weit aber im öffentlichen Interesse die gehörige Instandhaltung der Gebäude überwacht werden muß, fallen die hierzu erforderlichen Maßregeln in das Gebiet der Baupolizeigesetze.

Die Vorschrift des § bezieht sich, wie der Schlußsatz an die Hand giebt, nur auf die Fälle, wenn die Baufälligkeit auf einem vitium operis, oder auf einen Mangel der erforderlichen Erhaltung (letzterenfalls wird immer eine Verschuldung des Eigenthümers concurriren) beruht, es wird also dabei zunächst an den Fall zu denken sein, wenn aus dem einen oder dem anderen Grunde das Bauwerk ganz oder theilweise einstürzt. Sollte bei der Reparatur, oder der Abtragung eines baufälligen Gebäudes ein solcher Einsturz und dadurch eine Beschädigung des Nachbargrundstücks erfolgt sein, so würde man zu unterscheiden haben, ob dieses Ereigniß eben blos Folge der Baufälligkeit, oder Folge eines Versehens der Personen ist, welche die Abtragung vorgenommen haben. Ersterenfalls ist der § 351 anwendbar, letzterenfalls ist die Verbindlichkeit zum Schadenersatze nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen.

III. Benutzung der Grundstücke.

§ 352. Jeder darf sein Grundstück vollständig benutzen, selbst wenn in dessen Folge der Nachbar an den Nutzungen seines Grundstücks Abbruch erleiden sollte.

Motive. Ein Beschränkung der Vorschrift in diesem § enthält der § 369 des Entwurfs (§ 358 des B. G.-B.).

Der in diesem § ausgesprochene allgemeine Satz enthält eine Consequenz der in §§ 118. 128 über die Ausübung der Rechte als Regel ertheilten Vorschriften, welche in der Anwendung auf die Verhältnisse der benachbarten Grundstücke ihre besondere Bedeutung gewinnen.

---

§ 353. Insbesondere ist Jeder befugt, auf seinem Grund und Boden Brunnen anzulegen, obschon dem Nachbar dadurch das Wasser entzogen wird, ferner auf seinem Grund und Boden Aenderungen, welche die Nutzbarkeit desselben erhöhen, selbst dann vorzunehmen, wenn sie nicht ohne Einfluß auf die Feuchtigkeitsverhältnisse der benachbarten Grundstücke sind.

Motive. In diesem § ist ein Satz enthalten, welcher schon nach dem bisherigen Rechte galt (man vergl. l. 1. § 12. l. 21. D. de aqua et aquae pluv. arc.). Daß der Grundstücksbesitzer bei den Veränderungen auf seinem Grund und Boden nicht aus bloßer Laune oder in der Absicht, dem benachbarten Grundstücke zu schaden, handeln darf, folgt aus der Fassung dieses §. Auch kann ein Dienstbarkeitsrecht, namentlich ein durch Ersitzung erworbenes, entgegenstehen. Bestimmungen über Bewässerungs- und Entwässerungsanlagen im allgemeinen Interesse zu treffen, bleibt dem Verwaltungsrechte vorbehalten.

1. Vergl. Siebenhaar in den Annalen N. F. Bd. 3, S. 181.

Unbeschadet der im § 352 vorangestellten allgemeinen Regel, welche auf dem gemeinrechtlichen Grundsatze basirt, daß Niemand seinen eigenen Vortheil dem des Nachbars nachzusetzen verbunden ist, würde die Anlegung eines Brunnens, wodurch dem Nachbar Wasser entzogen wird, in dem Falle nicht erlaubt sein, wenn sie nicht zur bessern Benutzung des Grundstücks, sondern aus Laune oder in der Absicht, dem Nachbar zu schaden, z. B. um auf dem Grundstücke des Nachbars fließendes Wasser abzuleiten, bewirkt worden wäre[1].

IV. Wasserlauf.

§ 354. Das niedriger liegende Grundstück hat von dem höher liegenden den Wasserabfluß zu dulden, welcher in Folge der natürlichen Bodenverhältnisse stattfindet.

Die Bestimmungen der §§ 352—356, welche nicht, wie in der bisherigen Praxis zuweilen geschehen ist, auf eigentliche Dienstbarkeitsverhältnisse anzuwenden sind, betreffen lediglich den natürlichen Wasserlauf, der ohne besondere Vorrichtungen (opera manufacta) nach dem tiefer gelegenen Grundstücke führt, und stimmen im Wesentlichen mit dem bisherigen Rechte überein[2]. Der Eigenthümer darf sein Grundstück innerhalb der Grenzen benutzen, welche die Lage und die natürliche Beschaffenheit desselben ihm vorzeichnen; er hat aber nicht blos die Vortheile, welche die natura loci seinem Grundstücke gewährt, zu genießen, sondern auch die Nachtheile, welche die natürliche Lage desselben mit sich bringt, zu tragen und darf sich von den letzteren nicht durch eigenmächtige und willkürliche Maßregeln zum Schaden anderer Grundstücke befreien. Das Verhältniß zwischen dem tiefer und dem höher liegenden Grundstücke ist ein gegenseitiges; der Eigenthümer des ersteren hat den natürlichen Wasserabfluß zu dulden, ist aber auch berechtigt, einer Aenderung dieses Wasserablaufes zu widersprechen, wenn sie seinem Grundstücke Nachtheil bringt. Auf dem schon in § 352 ausgesprochenen Grundsatze, daß der Eigenthümer sein Grundstück so, wie es die Lage und Beschaffenheit desselben erfordert oder zuläßt, vollständig benutzen darf, beruht die Vorschrift des § 355, daß nicht jede Vorrichtung auf dem höher oder dem tiefer liegenden Grundstücke, wodurch der natürliche Wasserablauf verändert wird, sondern nur solche Vorrichtungen unzuläßig sind, welche diesen Wasserlauf zum Nachtheil des anderen Grundstücks verändern, z. B. dadurch, daß das Wasser von dem oberen Grundstücke in größerer Menge oder stärkerer, als der natürlichen Strömung auf das untere abgeführt, oder der Wasserabfluß auf das untere Grundstück vom Eigenthümer des letzteren durch Stauanlagen verhindert wird. Eine Veränderung in der Cultur oder Bestellungsart ist jedoch erlaubt; es sind daher auch die nur zu diesem Zwecke dienenden Vorrichtungen, selbst wenn sie eine dem anderen Grundstücke nachtheilige Aenderung des natürlichen Wasserlaufs zur Folge haben, nicht unstatthaft, so z. B. die Anlegung anderer Acker- und Wasserfurchen[3]. Uebrigens gelten die Bestimmungen der §§ 352—356 nicht blos in Bezug auf unmittelbar neben einander, sondern auch in Bezug auf entfernter von

---

1. So auch gemeinrechtlich, l. 1. § 12. D. de aqua et aquae pluviae arc.

2. Vergl. in Betreff des letzteren: Zeitschr. f. R. u. V. N. F. Bd. 15, S. 94. Bd. 21, S. 218. Annalen Bd. 5, S. 57.

3. Vergl. l. 1. §§ 3. 5. l. 24. § 1. pr. D. de aqu. et aqu. pluv. arc. Zeitschr. f. Rechtspflege ꝛc. N. F. Bd. 15, S. 94. Annalen N. F. Bd. 4, S. 119. In wie fern die nach dem gegenwärtigen Stande der Landwirthschaft bei den Feld- und Wiesenculturen gebräuchlichen Einrichtungen als erlaubt oder unerlaubt zu betrachten seien, ist quaestio facti.

einander liegende Grundstücke, soweit deren gegenseitige Lage auf den natürlichen Wasserlauf von Einfluß ist. (Vgl. auch l. 6. pr. D. de aqu. et aqu. pluv. arc.)

---

§ 355. Weder der Eigenthümer des höher liegenden, noch der Eigenthümer des niedriger liegenden Grundstücks darf Vorrichtungen treffen, durch welche eine Aenderung im Wasserlaufe zum Nachtheile eines Nachbars verursacht wird. Aenderungen in der Art und Weise der wirthschaftlichen Benutzung eines Grundstücks sind nicht als unerlaubte Vorrichtungen zu betrachten.

Motive. Unter den in diesem § angegebenen „Veränderungen im Wasserlaufe" sind solche Aenderungen, welche in zu diesem Zwecke gemachten Vorrichtungen (operibus manufactis), nicht aber solche zu verstehen, welche lediglich in Naturereignissen, z. B. in neu hervorgebrochenen Quellen, ihren Entstehungsgrund haben. Nach dem Schlußsatze sind Veränderungen in der Art und Weise der wirthschaftlichen Benutzung auch bei dem unteren Grundstücke nicht als verbotene Vorrichtungen zu betrachten. Durch die Worte: „Art und Weise der wirthschaftlichen Benutzung" hat man sowohl die Culturart, als die Bestellungsart bezeichnen wollen.

Man verweist hier auf die Bemerkungen zu § 354, denen noch beigefügt werden mag, daß Vorrichtungen, welche den Wasserlauf zum Nachtheile des anderen Grundstücks ändern und lediglich zu persönlichen Zwecken des Eigenthümers dienen, unerlaubt sind.

---

§ 356. Jeder hat auf seinem Grund und Boden die Wegräumung solcher durch dritte Personen oder durch Zufall entstandenen Hindernisse und Aenderungen, welche dem natürlichen Abflusse des Wassers auf das niedriger liegende Grundstück zum Nachtheile des höher liegenden entgegenstehen, oder dem Wasserlaufe zum Nachtheile des niedriger liegenden größere Stärke oder eine andere Richtung geben, dem Nachbar, welcher dadurch Schaden leidet, gegen Entschädigung zu gestatten.

Motive. Die Vorschrift dieses § stimmt mit dem bisherigen Rechte überein (l. 2. 5. 6. 7. 11. D. de aq. et aq. pluv. arcend.).

Der § bezieht sich auf die Fälle, wenn durch dritte Personen (ohne Vorwissen und Genehmigung des Eigenthümers) oder durch Zufall Hindernisse und Aenderungen eingetreten sind. Gegen den Eigenthümer, welcher die Hindernisse oder die Aenderung selbst bewirkt oder veranlaßt hat, steht dem benachtheiligten Nachbar eine Klage auf Beseitigung und Wiederherstellung des früheren Zustandes, nach Befinden auch auf Schadenersatz zu[1]. Die „dritten" Personen werden dem Eigenthümer des Grundstücks entgegengesetzt, auf welchem das Hinderniß oder die Abänderung sich ereignet hat; es gehören also dahin auch der Pachter, Miether, unter Umständen auch der Besitzvorgänger, welcher ein unstatthaftes opus angebracht hat.

---

1. l. 5. l. 6. §§ 6. 7. l. 7. § 1. D. de aqu. et aqu. pluv. arcend. Dieser Anspruch kann auch durch die negatorische Klage geltend gemacht werden. Gegen den Dritten, welcher das unstatthafte opus angebracht hat, steht dem benachtheiligten Grundeigenthümer eine Klage auf Beseitigung und Schadenersatz zu, vergl. Annalen N. F. Bd. 3, S. 409.

V. Bauanlagen zum Nachtheile des Nachbars.

§ 357. Der Eigenthümer darf sein Gebäude nicht so einrichten, daß Spülwasser oder andere Flüssigkeiten aus demselben auf ein benachbartes Grundstück ablaufen, oder daß die Dachtraufe auf dasselbe fällt.

Motive. In diesem § hat man des Ausschüttens von Flüssigkeiten nicht gedacht, weil darin ein positiver Eingriff in die Rechtssphäre des Nachbars liegt.

---

§ 358. Dem Eigenthümer ist, sofern nicht besondere Gesetze aus Rücksichten auf das allgemeine Beste Ausnahmen bestimmen, nicht erlaubt, auf seinem Grundstücke Vorrichtungen anzubringen, durch welche dem benachbarten Grundstücke zu dessen Nachtheile Dampf, Dunst, Rauch, Ruß, Kalk- oder Kohlenstaub in ungewöhnlicher Weise zugeführt wird.

Motive. Wie sich aus der Fassung dieses § ergiebt, haben gewöhnliche Einrichtungen und Anlagen, in Folge deren Rauch, oder Ruß, oder Dampf oder dergleichen sich auf benachbarte Grundstücke in einer für diese nicht nachtheiligen Weise verbreitet, z. B. gewöhnliche Feueressen, vorausgesetzt, daß nicht durch positive Thätigkeit der Rauchströmung u. s. w. eine bestimmte Richtung gegeben wird, nicht für unerlaubt erklärt werden sollen und hierin liegt, da das Eigenthum des Grundstückes sich auf den Luftraum über demselben erstreckt, in so fern eine gesetzliche Beschränkung des Eigenthumes, als auch in diesen Fällen die Wirkung der auf eigenem Grund und Boden vorgenommenen Handlung das nachbarliche Eigenthum afficirt. Wenn nach diesem § es nicht gestattet ist, auf eigenem Grund und Boden Vorrichtungen anzubringen, durch welche dem benachbarten Grundstücke zu dessen Nachtheile Dampf, Dunst, Rauch u. s. w. in ungewöhnlicher Weise zugeführt wird, so sind erstens unter den angegebenen Vorrichtungen solche zu verstehen, welche nicht zu gewöhnlicher Benutzung des eigenen Grundstückes erforderlich sind, sondern auf den Betrieb eines Gewerbes oder einer Fabrik u. s. w. Bezug haben, und zweitens die Rechte der benachbarten Grundstückseigenthümer, diesen Vorrichtungen zu widersprechen, an die Voraussetzung geknüpft, daß ihre Grundstücke dadurch einen Schaden erleiden, wie dieß z. B. der Fall ist, wenn der Ruß aus einem zu einer Fabrikanlage gehörigen Dampfschornsteine sich auf die Bleichanlage des benachbarten Grundstückes senkt oder durch die gewerbliche Vorrichtung die Vegetation auf den nachbarlichen Grundstücken gehindert oder gestört wird, oder, sofern es sich um städtische Grundstücke handelt, die Bewohner der benachbarten Häuser durch die Ausströmungen der gewerblichen Anlage belästigt werden. In diesen Beziehungen tritt die allgemeine Regel, daß der Eigenthümer eines Grundstückes auf diesem nicht so handeln darf, daß die natürliche Wirkung seiner Handlung auf das benachbarte Grundstück einen nachtheiligen Einfluß äußert, ein. Die rechtliche Beurtheilung der Fälle, in welchen dieser § Anwendung leidet, kann in so fern zu Zweifeln Veranlassung geben, als sich die Frage aufwerfen läßt, ob darauf die Vorschriften über die actio negatoria Anwendung finden, oder ob es sich dabei um einen Schaden handelt, welcher unter die Lex Aquilia fällt. Nach dem Gesetzbuche, welches, wie bereits oben erwähnt worden ist, ein Eigenthum an dem Luftraume über dem

Grundstücke anerkennt, ist das Erstere anzunehmen. Dem steht der Umstand nicht entgegen, daß nicht jede Vorrichtung, durch welche Dampf, Dunst, Rauch u. s. w. auf das benachbarte Grundstück geführt wird, zur Klage berechtigt, sondern dazu noch außerdem das Merkmal des Ungewöhnlichen und Schädlichen gehört. Denn die Wirksamkeit der actio negatoria wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß gegen einen Eingriff in das Eigenthum blos dann Schutz gewährt wird, wenn er eine besondere Beschaffenheit hat, wie sich daraus ergiebt, daß auch in anderen Fällen der gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthumes die actio negatoria dann unzweifelhaft statthaft ist, wenn die durch die Beschränkungen gesetzten Grenzen des gesetzlich Erlaubten überschritten werden. Und ebensowenig läßt sich mit Grund dagegen geltend machen, daß der Dampf u. s. w. nicht sowohl durch die Vorrichtung, sondern durch die Luftströmung auf das benachbarte Grundstück geführt werde, da die Vorrichtung doch immer die alleinige Ursache des Schadens ist.

Der Zusatz: „sofern u. s. w. Ausnahmen bestimmen" versteht sich eigentlich schon von selbst, ist aber hier für zweckmäßig gehalten worden, um das mögliche Mißverständniß, als ob die Vorschrift dieses § eine auch über das Privatrecht hinausgehende Bedeutung habe und zwischen dem Civilgesetzbuche und der gleichzeitig zur Vorlage an den Landtag kommenden Gewerbeordnung ein Widerspruch bestehe, zu verhüten.

In dem obigen § ist eine für die gegenwärtigen Verhältnisse einflußreiche Frage mit möglichster Bestimmtheit entschieden worden[1]. Den Motiven möge noch Folgendes beigefügt werden.

Es ist bereits zu § 218 erwähnt worden, daß sich die Vorschriften des § 358 nicht auf den Fall beziehen, wenn eine zur Ableitung von Rauch, Dampf rc. bestimmte Vorrichtung so angebracht worden ist, daß ihre Einmündung in den Luftraum des benachbarten Grundstücks hineinragt. Denn in diesem Falle kann der Eigenthümer des letzteren die Beseitigung dieser Vorrichtung auch ohne den Nachweis ihrer Schädlichkeit verlangen. Das Nämliche würde aus demselben Grunde auch von derartigen Vorrichtungen zu behaupten sein, welche, ohne selbst in das Luftgebiet des fremden Grundstücks einzudringen, so angelegt worden sind, daß sie diesem Grundstücke Dampf, Rauch, Ruß rc. unmittelbar zuführen, wobei also jene Ausströmungen durch eine positive Thätigkeit verursacht worden sind. Die Vorschriften des gegenwärtigen § betreffen vielmehr solche Vorrichtungen, — dieses Wort in seinem weitesten Sinne genommen — welche sich innerhalb des eigenen Gebietes ihres Inhabers befinden und infolge deren Rauch, Dampf, Dünste rc. entstehen, welche mittelbar [durch Einwirkung des Luftzugs] dem fremden Grundstücke zugeführt werden. Auf die Absicht des Inhabers, diesen mittelbaren Abzug zu bewirken, kommt dabei eben so wenig etwas an, als auf die Gattung, die Construction und den Gebrauchszweck der Vorrichtung, in so fern nicht der Zweck und die Beschaffenheit der letzteren den hier allein entscheidenden Erfolg bedingen. Die Unannehmlichkeiten, welche sich bei einer mäßigen Entwickelung und Ausströmung von Dampf, Rauch, Dunst u. s. w. für die benachbarten Grundstücke ergeben, müssen von den Eigenthümern der letzteren ertragen werden; das Recht zum Widerspruche gegen Vorrichtungen der ebengedachten Art ist nämlich nach dem § an die zwiefache Voraussetzung des Ungewöhnlichen und des Schädlichen gebunden. Die Zuführung „in ungewöhnlicher Weise" ist Folge einer ungewöhnlichen Benutzungsart; dieß ist aber nicht so zu verstehen, als ob die Benutzung eine in ihrer Art ungewöhnliche, seltene, sein müsse; denn es giebt z. B. Gewerbs-

1. Vergl. über die bisherige Sächs. Praxis, Zeitschr. f. R. u. Verw. Bd. 16, S. 503. Bd. 18, S. 341 folg. Annalen Bd. 2, S. 330. Bd. 6, S. 390.

anlagen, welche als solche, und im Verhältnisse zu anderen Gewerbsanlagen sehr gewöhnliche sind, auf welche aber die Bestimmungen des § ganz unbedenklich anzuwenden sein könnten; die Begriffe des Gewöhnlichen und Ungewöhnlichen richten sich vielmehr nach dem, was beim Gebrauche und der Benutzung der Grundstücke für diese die Regel bildet, weil es der Beschaffenheit des Grundstücks entspricht und den allgemeinen Bedürfnissen genügt.

Der Nachtheil, welcher als das zweite Erforderniß im § erwähnt wird, umfaßt Alles, was der freien Benutzung des fremden Grundstücks hinderlich in den Weg tritt und die Benutzbarkeit desselben beeinträchtigt, also nicht blos äußerliche Beschädigung der Gebäude, Vernichtung oder Verminderung der Vegetation, Störung in der Benutzung des Grundstücks zu wirthschaftlichen und gewerblichen Zwecken, sondern auch die Belästigung des Aufenthalts und namentlich nachtheilige Einwirkungen auf die Gesundheit oder Sicherheit der Bewohner. Doch wird man immer berücksichtigen müssen, daß eine mäßige, nicht ungewöhnliche Ausströmung geduldet werden, daß also der Nachtheil der ungewöhnlichen erheblicher, als der einer gewöhnlichen Ausströmung sein muß. Speciellere, Alles berührende Normen lassen sich bei der Mannigfaltigkeit der Verhältnisse in einem Gesetzbuche nicht aufstellen, es muß daher für den concreten Fall der Erörterung der Parteien und dem pflichtmäßigen Ermessen des Richters überlassen bleiben, zu bestimmen, ob die Vorrichtung eine solche ist, welche eine ungewöhnliche und schädliche Ausströmung herbeiführt. Nur auf folgende Punkte soll noch aufmerksam gemacht werden. Die Vorschriften des § sind nicht blos auf den Fall anwendbar, wenn das belästigte Grundstück unmittelbar an dasjenige angrenzt, auf welchem sich die Vorrichtung befindet; ferner beschränken sich dieselben nicht auf Vorrichtungen, die zum Gewerbsbetriebe bestimmt sind; endlich macht es keinen Unterschied, ob der Nachtheil sich blos mit Rücksicht auf die besondere Benutzungsart des belästigten Grundstücks, oder in Folge einer Veränderung in der Benutzungsweise desselben fühlbar gemacht hat; denn der Eigenthümer darf, so lange er dabei nicht in fremdes Rechtsgebiet eingreift, sein Grundstück beliebig benutzen.

Geräusch und übler Geruch, obwohl beides zu namhafter Belästigung werden kann, sind im § nicht erwähnt, auch nicht unter die daselbst speciell bezeichneten Uebelstände zu subsumiren; in so weit also der Geruch nicht mit der ungewöhnlichen Ausströmung von Dünsten auf das fremde Grundstück verbunden ist, welche an sich oder wegen ihres Geruchs schädlich sind, oder die Bestimmungen des folgenden § eingreifen, bleibt dem Eigenthümer und den Bewohnern des ersteren nur die Imploration polizeilicher Hülfe[1] als Auskunftsmittel übrig.

Aus dem, inmittelst publicirten und in Kraft getretenen Gewerbegesetze v. 15. Octbr. 1861 ist hier auf die Bestimmungen in §§ 22 folg. 30 folg. des Gesetzes in Verbindung mit § 31 der Ausführungsverordnung von gleichem Datum aufmerksam zu machen. Nur die Bemerkung mag noch beigefügt werden, daß die Concession zur Anlegung gewerblicher Etablissements nicht blos im Allgemeinen, sondern speciell zu dem opus manufactum ertheilt sein muß, wenn die Ausnahme des § 30 anwendbar sein soll.

---

§ 359. Viehställe, Düngergruben, heimliche Gemächer, Feuerheerde, Rauchfänge, Backöfen, Röhrkasten, zur Ableitung des Wassers dienende Rinnen und Gräben und ähnliche Anlagen dürfen nur in solcher Entfernung von des Nachbars Grenze oder unter solchen Vorkehrungen angelegt werden, daß sie dem Grundstücke des Nachbars keinen Schaden bringen, insbesondere auf Gebäude, Grenzmauern und Brunnen keinen nachtheiligen Einfluß äußern.

1. Diese läßt aber das Gewerbegesetz v. 15. Octbr. 1861 § 37 nur in beschränkter Maße zu.

Die Entfernung (von 3 Fuß), in welcher nach älterem Sächs. Rechte die durch Geruch oder sonst lästigen Theile eines Gebäudes von der Grenze angelegt werden mußten[1], hat man als bestimmten Minimalsatz nicht beibehalten, weil nach den Umständen, oder nach den etwa getroffenen Vorkehrungen, ein geringerer Abstand genügen, aber auch ein größerer erforderlich werden kann. Tritt aus Viehställen, Düngergruben oder heimlichen Gemächern unreine Feuchtigkeit auf das Nachbargrundstück über, so kann die Beseitigung dieses Uebelstandes ohne besonderen Nachweis der Schädlichkeit vermittelst der Negatorienklage gefordert werden; vergl. Annalen N. F. Bd. 3, S. 81. Das O.-A.-G. hat die Bestimmungen der §§ 358. 359 auch auf den Fall angewendet, wo dem Inhaber eines Bau- oder Kellerrechtes durch Anlagen der im § bezeichneten Art in Bezug auf seine Baulichkeiten und deren Benutzung Schaden zugefügt wird; vergl. Annalen N. F. Bd. 3, S. 103.

---

§ 360. Wer sein Grundstück ausgraben, tiefer legen oder durch einen Graben von dem Grundstücke seines Nachbars trennen will, muß eine solche Böschung oder Vorrichtung bilden, daß dessen Grund und Boden nicht nachstürzen kann.

Motive. Soviel diesen § anbelangt, so stimmt derselbe mit unserem bisherigen Rechte überein. Unter denselben kann nach Befinden auch der Fall, wo Jemand auf seinem Grund und Boden eine Erderschütterung verursacht, welche auf die benachbarten Grundstücke nachtheilig wirkt, zu subsumiren sein.

Der in den Motiven angedeutete Fall kann insbesondere bei der Erschütterung sich ereignen, welche das Befahren eines Eisenbahnkörpers hervorbringt.

VI. Bäume und Hecken.

§ 361. Das Eigenthum eines Baumes gehört Demjenigen, auf dessen Grund und Boden der Stamm aus der Erde kommt. Steht der Stamm auf der Grenze, so haben die Nachbarn an dem Baume das Miteigenthum zu gleichen Theilen.

Motive. Ueber die Entfernung, welche Holzanpflanzungen von den benachbarten Grundstücken haben müssen, hat man etwas nicht bestimmt, weil dabei nicht zu fixirende Rücksichten auf die verschiedene Culturart entscheiden, in jedem Falle die Berechnung der Entfernungen, wenn solche vorgeschrieben würden, wegen der dabei in Betracht zu ziehenden Ausgangspunkte, zu Zweifeln Anlaß geben muß, und schließlich doch die actio negatoria das Rechtsmittel bleibt, welches den nöthigen Schutz gegen Beeinträchtigung gewährt. Zu alledem kam noch, daß das bisherige Recht Beschränkungen für die Anlegung von Holzanpflanzungeu nicht kannte und daher alle bereits bestehende Anlagen hätten ausgenommen werden müssen, was zu den mannigfachsten Verwickelungen und Streitigkeiten geführt haben würde.

Nach den Vorschriften des § ist für das Eigenthum an einem Baume ohne Unterschied, ob derselbe aus dem Grundstücke hervorgewachsen oder angepflanzt worden ist, die Stelle, auf welcher der Stamm aus der Erde hervordringt, entscheidend, während nach

---

1. Sachsenspiegel, II, 51; Magdeburger Weichbildrecht, Art. 122; Haubold, Sächs. Privatrecht § 200.

römischem Rechte (vergl. l. 7. § 13. l. 8. pr. D. de acq. rer. dom. in Verbindung mit l. 6. § 2. D. arbor. furt. caes.) es bei angepflanzten Bäumen darauf ankam, auf wessen Grundstücke der Baum Wurzel geschlagen hatte, so daß ein gepflanzter Baum, welcher in zwei benachbarten Grundstücken wurzelte, gemeinschaftlich wurde, auch wenn der Stamm nur auf dem einen hervorwuchs. Dem Uebelstande, daß ein Grundstücksbesitzer durch Anpflanzungen auf seinem Grundstücke dem Grundstücke seines Nachbars Schaden zufügen kann, wird durch die Vorschrift des § 362 vorgebeugt.

---

§ 362. Jeder ist berechtigt, die Wurzeln eines fremden Baumes oder einer fremden Hecke, soweit sie unter seinem Grund und Boden fortlaufen, ingleichen Zweige eines fremden Baumes oder einer fremden Hecke, soweit sie auf seinen Grund und Boden überhängen, abzuschneiden, oder, wenn er die Zweige nicht selbst abschneiden kann oder will, den Eigenthümer des Baumes oder der Hecke zum Abschneiden derselben anzuhalten. Die abgeschnittenen Zweige gehören dem Eigenthümer des Baumes oder der Hecke, die abgeschnittenen Wurzeln dem Eigenthümer des Grundstücks, in welchem sie sich befinden.

Motive. Es wird hier zwischen den auf das benachbarte Grundstück sich hinüber erstreckenden Wurzeln und den überhängenden Aesten in so fern unterschieden, als erstens in Beziehung auf die Aeste auch deren Abschneidung verlangt werden kann, während dieß bei den Wurzeln nicht zuläßig ist und zweitens die Wurzeln dem Eigenthümer des Grundstückes, auf dem sie sich befinden, gehören, während die Aeste in jedem Falle dem Eigenthümer des Baumes oder der Hecke zukommen. Diese Unterschiede beruhen auf der Erwägung, daß die in das fremde Grundstück hinüberragenden Wurzeln aus demselben ihre Nahrung ziehen und dadurch gleichsam Theile desselben werden.

Die Vorschriften des § weichen in einigen Beziehungen sowohl von dem gemeinen, als von dem älteren Sächs. Rechte ab[1]. Den Motiven ist noch die Bemerkung anzuknüpfen, daß in Bezug auf das Abschneiden der überhängenden Zweige nicht, wie nach Röm. Rechte (l. 1. §§ 7—9. D. de arbor. caed.) bei gewissen Grundstücken der Fall war, eine bestimmte Höhe festgesetzt worden ist, bis zu welcher das Ueberhängen geduldet werden müßte[2]. Für das Eigenthum an den abgeschnittenen Zweigen ist es ohne Einfluß, ob sie der Eigenthümer des Baumes, oder der Nachbar abgeschnitten hat.

---

§ 363. Auf das Grundstück des Nachbars überhängende Früchte gehören dem Eigenthümer des Stammes, welcher jedoch zum Behufe ihrer Abbringung das Grundstück des Nachbars nicht wider dessen Willen betreten darf. Uebergefallene Früchte sind Eigenthum Dessen, welchem der Grund und Boden gehört, auf den sie gefallen sind.

Motive. Soviel diesen § anbelangt, so hat man Bedenken getragen, dem Nachbar das Recht auf die überhängenden Früchte zu geben, weil die Aus-

1. Vergl. l. 1. §§ 1—9. D. de arbor. caed. und Annalen Bd. 6, S. 386. Bd. 7, S. 393.
2. Die Auslegung der Worte: „usque ad quindecim pedes a terra coercere“ ist bekanntlich bestritten.

übung dieses Rechtes zu vielfachen Streitigkeiten Veranlassung gegeben haben würde. Aus gleichem Grunde hat man dem Eigenthümer des Baumes das Recht, zum Zwecke des Abnehmens der Früchte das benachbarte Grundstück zu betreten, nicht eingeräumt.

Das B. G.-B. hat die von dem gemeinen Rechte abweichende Bestimmung des älteren Sächs. Rechts[1], welches den sog. „Ueberfall" dem Eigenthümer der Nachbargrundstücke zuspricht, jedoch mit der ausdrücklichen Beschränkung auf die ohne sein Zuthun abgefallenen Früchte, beibehalten. Auf die noch hängenden Früchte, welche dem Eigenthümer des Baumes, als Bestandtheile des letzteren, gehören, hat der Eigenthümer des Nachbargrundstücks keinen Anspruch, er darf also dieselben weder abnehmen, noch sonst deren Abfall selbstthätig verursachen. Kann der Eigenthümer des Baumes die überhängenden Früchte nicht erlangen, ohne des Nachbars Grund und Boden zu betreten und wird ihm das Betreten von diesem nicht gestattet, so muß abgewartet werden, ob und nach welcher Seite hin die Früchte von selbst abfallen. An den ohne Zuthun des Nachbars übergefallenen Früchten erwirbt der letztere das Eigenthum auch dann, wenn der Eigenthümer des Baumes das Herabfallen durch seine Thätigkeit, z. B. Schütteln des Baumes, verursacht hat; es darf also der Eigenthümer des letzteren sich auch in diesem Falle die auf das Grundstück des Nachbars fallenden Früchte nicht ohne Zustimmung des letzteren, z. B. durch Uebergreifen auf das Nachbargrundstück, aneignen.

VII. Feststellung der Grenzen.

§ 364. Jeder kann von dem Nachbar verlangen, daß die beiderseitigen Grundstücke durch Grenzsteine oder sonst durch feste erkennbare Zeichen gegen einander abgeschieden werden.

---

§ 365. Läßt sich eine Grenze nicht ermitteln, so ist der Theil der Grundstücke, von dem ungewiß ist, zu welchem der benachbarten Grundstücke er gehört, als im Miteigenthume der Nachbarn befindlich zu betrachten und unter denselben zu theilen. Bei Bestimmung der Größe der Theile und der Art der Theilung kommt aushülfsweise der bisherige ruhige Besitzstand in Betracht. Bei der Klage auf Feststellung der Grenzen kann auch der Beklagte Verurtheilung des Klägers verlangen.

Motive. In der hier behandelten Lehre von den Berichtigungen der Grenzen wird unterschieden zwischen

a) dem Falle, wo der Nachbar blos Scheidung seines Eigenthumes durch feste und erkennbare Zeichen verlangt, und

b) dem Falle, wo die Berichtigung der Grenzen wegen deren Ungewißheit erfordert wird.

Auf den Fall unter a) bezieht sich § 375 des Entwurfs (§ 364 des B. G.-B.), auf den unter b) der § 376 des Entwurfs (§ 365 des B. G.-B.). Soviel den letzteren Fall angeht, so wird bestimmt:

---

1. Vergl. l. un. D. de glande leg. und Sachsenspiegel II, 52; Magdeburg. Weichbildr. Artt. 125. 126; Haubold a. a. O. § 362; Curtius, Civilrecht II, § 535.

aa) daß in Fällen, wo die Grenzen nicht zu ermitteln sind, das streitige Stück Land im Miteigenthume der Grenznachbarn steht, und wegen dessen Theilung die Vorschriften über die Theilung des Miteigenthumes Anwendung finden und zwar auch in so weit, als auch der Kläger dem Beklagten gegenüber verurtheilt werden kann;

bb) daß der zeitherige ruhige Besitzstand lediglich als eine bei der Adjudication in der Art der Theilung und der Entschädigung maßgebende Rücksicht zu betrachten ist;

cc) daß der zeitherige ruhige Besitzstand nicht gerade die Ersitzungszeit über gedauert zu haben braucht, vielmehr dem richterlichen Ermessen die Beurtheilung desselben überlassen bleibt.

In dem sub a) der Motiven gedachten Falle wird vorausgesetzt, daß über die Grenze der beiderseitigen Grundstücke weder Ungewißheit noch Streit besteht, und es nur darauf ankommt, künftige Irrungen und Ungewißheiten durch bestimmte äußerlich erkennbare Zeichen zu beseitigen. In dem sub b) ebendaselbst erwähnten Falle ist es die nicht aufzuklärende Ungewißheit der wahren Grenze, die auch gemeinrechtlich zur Annahme eines Miteigenthums führt. Ist die wahre Grenze erweisbar, so nimmt die Grenzscheidungsklage den Charakter der Vindication wegen theilweiser Besitzentziehung, nach Befinden auch der negatorischen Klage wegen anderer Eingriffe in das Eigenthum des Klägers an. Es darf namentlich der schon zu § 302 erwähnte Fall einer Eigenthumsklage, bei welcher der Kläger zu beweisen hat, daß das streitige Areal Bestandtheil einer auf dem Folium seines Grundstücks eingetragenen Flurparzelle sei, mit einer Grenzscheidungsklage nicht verwechselt werden.

Der sub bb) cc) erwähnte ruhige Besitzstand kann seinen Einfluß auf die Theilung des fraglichen Areals z. B. dergestalt äußern, daß einem Jeden der Grenznachbarn das Alleineigenthum an dem von ihm besessenen Theile, mit oder ohne Ausgleichung überlassen, oder Demjenigen, welcher jenes Areal besessen oder benutzt hat, das Ganze gegen Abfindung adjudicirt wird.

Uebrigens beziehen sich die §§ ebenso auf Grundstücke in den Städten, wie auf dem Lande.

---

§ 366. Mauern, Planken, Gräben, Canäle, Hecken, Zäune und Raine, welche sich auf der Grenze benachbarter Grundstücke befinden, werden als gemeinschaftliches Eigenthum der Nachbarn betrachtet, dafern sich nicht aus der Art des Baues oder der Anlage etwas Anderes ergiebt.

Motive. Angehend diesen §, so ist die Vermuthung, welche aus der Art des Baues oder der Anlage gegen die Gemeinschaftlichkeit der auf der Grenze stehenden Mauern, Planken u. s. w. entsteht, eine praesumtio juris, nicht blos eine praesumtio facti. Andere, eine Wahrscheinlichkeit gegen die Gemeinschaftlichkeit begründende Momente sind nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu beurtheilen.

VIII. Benutzung von Scheidemauern und Scheideplanken.

§ 367. Eine gemeinschaftliche Scheidemauer oder Scheideplanke darf jeder Nachbar auf seiner Seite bis zur Hälfte ihrer Dicke benutzen, soweit dieß mit der

Bestimmung der Mauer oder Planke verträglich und für das benachbarte Grundstück ohne Nachtheil ist. Zur Anlegung von Schwibbogen und Wandschränken in einer Scheidemauer ist die Einwilligung des Nachbars nöthig.

---

§ 368. Eine auf der Grenze stehende Mauer, welche dem einen Nachbar allein gehört, darf der andere Nachbar auf seiner Seite benutzen, soweit dieß ohne Beschädigung der Mauer möglich ist.

Motive. Durch diesen und den vorigen § werden abweichende Bestimmungen städtischer Bauordnungen[1] nicht aufgehoben oder geändert.

Beide §§ enthalten nähere, den gegenwärtigen Verhältnissen angepaßte, Bestimmungen, die in dieser Specialität und principiellen Consequenz im gemeinen Rechte nicht vorhanden waren.

Dritte Abtheilung.

Von dem Pfandrechte.

Erster Abschnitt.

Pfandrecht im Allgemeinen.

§ 369. Pfandrecht ist das zur Sicherung einer Forderung dem Gläubiger an einer fremden Sache eingeräumte Recht, vermöge dessen er aus derselben seine Befriedigung erlangen kann.

Motive. Mehrere neuere Rechtslehrer behandeln das Pfandrecht im Obligationenrechte. Man führt dafür an, dem Pfande komme zu der durch dasselbe zu sichernden Forderung eine blos untergeordnete Bedeutung zu, welche sich in dem accessorischen Verhältnisse des ersteren zu der letzteren zeige, die mit der Pfandklage zu verfolgenden Ansprüche seien nur erst bei der Vollstreckung des wegen der Forderung gesprochenen rechtskräftigen Erkenntnisses wirksam und es habe daher die Pfandklage nicht mehr die Wichtigkeit, welche ihr im Röm. Rechte beigelegt werde. Dem ließe sich mit besonderer Rücksicht auf das Gesetzbuch noch der Grund hinzufügen, daß nach diesem das Faustpfand weiter nichts sei, als ein sog. qualificirtes Retentionsrecht. Hiergegen machte sich jedoch die Erwägung geltend, daß die Theorie, nach welcher das Pfandrecht in das Obligationenrecht zu versetzen sein soll, wie auch bereits von Anderen nachgewiesen worden ist, vorzüglich in einer den Quellen eigenthümlichen, unrichtig aufgefaßten Ausdrucksweise ihren Grund hat, das unmittelbare Verhältniß, in welchem der Pfandgläubiger vermöge des ihm an der verpfändeten Sache eingeräumten Rechts zu dieser steht, einen ausreichenden Grund, das Pfandrecht dem Sachenrechte zuzutheilen, enthält, und zu alledem noch, soviel namentlich das Sächs. Recht betrifft, der Umstand tritt, daß das Pfandrecht rücksichtlich der Immobilien durch das

1. Man vergl. dazu das Gesetz, die Gültigkeit der Localbauordnungen betreffend, vom 11. Juni 1868 (Gesetz- und Verordn.-Bl. v. 1868, S. 331).

Ingrossationssystem mit dem Sachenrechte in einer inneren Verbindung steht, welche durch dessen Behandlung im Sachenrechte schon äußerlich im Systeme zur Anschauung gebracht werden muß. Doch hat man diesen Betrachtungen blos in so weit einen Einfluß zugestanden, als man zwar das Pfandrecht in das Sachenrecht, dagegen aber den Pfandvertrag in das Obligationenrecht gestellt hat.

Eine weitere Frage war die, ob das Pfandrecht unmittelbar hinter die Lehre vom Eigenthume, vor den Dienstbarkeiten, oder erst nach diesen letzteren zu stellen sei. Für die zuletzt angegebene Ansicht spricht die Verwandtschaft der Dienstbarkeiten mit den gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthumes, ingleichen die den Dienstbarkeiten häufig zugeschriebene Eigenschaft als von dem Eigenthume losgetrennter Befugnisse, endlich die mögliche Auffassung der Dienstbarkeiten als bloßer Erweiterungen des Eigenthumes an dem praedium dominans. Dessenungeachtet hat man diesem Zusammenhange der Dienstbarkeiten mit dem Eigenthume für das Gesetzbuch keinen Einfluß beigelegt, weil durch das bei demselben vorzugsweise im Auge zu behaltende praktische Bedürfniß die Verbindung des Pfandrechtes mit dem Eigenthume in so fern geboten wird, als beide Lehren, soviel die Immobilien anlangt, durch das Ingrossationssystem beherrscht werden und der zwischen denselben bestehende innere Zusammenhang äußerlich im Systeme nicht so, wie zum besseren Ueberblick erforderlich ist, hervortreten würde, wenn die Dienstbarkeiten zwischen beide eingeschoben werden sollten. Neben diesen Erwägungen glaubte man auch dem für die gegentheilige Ansicht sprechenden Momente, daß, wenn das Pfandrecht erst nach den Dienstbarkeiten gestellt wird, durch das pignus nominis ein einfacher Uebergang vom Sachenrechte zum Obligationenrechte zu vermitteln ist, irgend eine Bedeutung nicht beilegen zu können.

In dem obigen § wird eine Charakterisirung des Pfandrechtes gegeben, welche keinen Anspruch auf strenge schulmäßige Definition macht. Man hat dabei des Erfordernisses der „Gültigkeit" der Forderung nicht gedacht, weil eine ungültige Forderung eben keine Forderung ist. Nach Röm. Rechte verhielt sich dieß, wenigstens zum Theil, anders, da darnach ein Pfandrecht für sog. naturales obligationes bestellt werden konnte. Wie aber bereits zu § 152 des Entwurfs (§ 144 des B. G.-B.) bemerkt ist, kennt das Gesetzbuch keine naturales obligationes, und soviel die Fälle anlangt, in welchen nach dem Gesetzbuche zwar keine Klage gegeben ist, aber wenn die Forderung erfüllt wird, repetitio soluti nicht Statt hat, wie z. B. Wett- und Spielschulden, Verbindlichkeiten, welche die Ehefrau ohne Ehemann contrahirt, so ist nach den Vorschriften über die Condictionen zu beurtheilen, ob ein für eine solche Obligation bestelltes Pfand gültig ist oder nicht.

Das Wesen des Pfandrechtes besteht in der Sicherstellung des Gläubigers durch das Pfand. Daß der Gläubiger seine Befriedigung aus dem Pfande mit Ausschluß anderer Gläubiger zu fordern berechtigt sei, läßt sich nur in so weit behaupten, als durch dasselbe die chirographarischen Gläubiger ausgeschlossen werden, wogegen immerhin denkbar bleibt, daß andere Pfandgläubiger vorgehen können. Neben dem Zwecke des Pfandrechtes, den Gläubiger sicher zu stellen, brauchte das Veräußerungsbefugniß des Pfandgläubigers nicht besonders erwähnt zu werden, weil, auch selbst abgesehen davon, daß dieses Recht mitunter, z. B. wenn dem Gläubiger die Früchte einer Sache pfandweise dergestalt überlassen werden, daß er sich damit bezahlt machen soll, gar nicht hervortritt, das Veräußerungsbefugniß mehr ein Mittel enthält, durch welches der Pfandgläubiger in den Stand gesetzt wird, seine Befriedigung aus der Sache zu erhalten.

Ueber die Natur des Pfandrechtes herrschen vornehmlich zwei Ansichten. Nach der einen ist das Pfandrecht — und dabei denkt man an das Sachenpfandrecht als die historisch älteste Erscheinung der Pfandbestellung, — ein Recht an einer fremden Sache (jus in re aliena), bei welchem die fremde Sache das unmittelbare Pfandrechtsobject bildet; nach der anderen soll es eine obligatio rei alienae sein, ein dingliches, gegen jeden Inhaber der Sache mit der actio hypothecaria verfolgbares Forderungsrecht[1]. Die letztere Auffassung des Sachenpfandrechtes ist dem B. G.-B. fremd und es läßt sich insbesondere aus dem Systeme der Ingrossation nicht zu der Ansicht gelangen, daß bei der Hypothek neben der Person des Schuldners auch noch das verpfändete Grundstück als ein zweiter Träger der Verbindlichkeit existire und das Grundstück als ein der Person des Eigenthümers gegenüberstehendes Rechtssubject zu behandeln sei. Beide obenerwähnte Ansichten führen zu dem Uebelstande, daß man zwischen einem eigentlichen Pfandrechte (an körperlichen Sachen) und einem uneigentlichen Pfandrechte (an unkörperlichen Sachen) unterscheiden muß. Als der unmittelbare Gegenstand der Verpfändung ist richtiger[2], auch nach der Auffassung des B. G.-B., sowohl bei körperlichen Sachen, als bei Rechten und Forderungen, dasjenige Recht zu betrachten, welches dem Verpfänder zusteht. In der Verpfändung von Sachen, bei welcher das Pfandrecht das Eigenthum oder (nach dem B. G.-B. jedoch nur bei beweglichen Sachen) den publicianischen Besitz ergreift, tritt dasselbe schon in seiner äußeren Erscheinung als ein Recht an der Sache, ein dem Verpfänder an dieser zustehendes, dem Gläubiger pfandweise übertragenes Recht hervor. Es liegt aber in dem Zwecke des Pfandrechtes, wie derselbe auch im § bezeichnet wird, daß durch die Pfandbestellung nicht, wie bei anderen dinglichen Rechten ein fertiger, in sich abgeschlossener Zustand hervorgebracht wird. Das Pfandrecht strebt erst nach einem Endziele, der Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfande, und findet in der Erreichung oder dem Wegfalle dieses Zieles sein Ende[3].

Anlangend nun die in dem vorliegenden Abschnitte enthaltenen allgemeinen Bestimmungen, so ist zu § 369 im Anschlusse an die Motive noch Folgendes zu bemerken.

Wenn die Forderung zu deren Sicherstellung das Pfandrecht bestellt worden ist, auf einem anfechtbaren Rechtsgeschäfte beruht, so ist dasselbe nicht von Anfang an unwirksam, da nach § 107 das anfechtbare Rechtsgeschäft bis zur Anfechtung als bestehend gilt und auf die Gründe zur Anfechtung verzichtet werden kann; mit der Gültigkeit der Forderung kann aber auch die Gültigkeit der Pfandbestellung angefochten werden, in so fern nicht etwa, nach Maßgabe der Umstände, in dem späteren Hinzutritte einer Pfandbestellung ein Verzicht auf die Anfechtung zu erblicken wäre.

In Bezug auf die Wirksamkeit des wegen einer Nichtschuld oder einer ungültigen Forderung bestellten Pfandrechtes, soll hier nur auf den allgemeinen Gesichtspunkt aufmerksam gemacht werden, daß die Bestellung eines Pfandrechtes eine vermögensrechtliche Leistung ist, auf welche sich, eben so wie auf die Zahlung oder die Hingabe einer Sache, die Grundsätze über Zurückforderung des ohne Grund Gegebenen oder Geleisteten (vergl. §§ 1519 folg. §§ 1530. 1538. 1546. 1550 und auch § 465 des B. G.-B.) anwenden lassen. Zu bemerken ist jedoch, daß die Bestellung einer Hypothek für eine Forderung nicht identisch mit der Zahlung dieser Forderung ist. Es kann daher die in den Motiven erwähnte Bestimmung des B. G.-B., nach welcher in gewissen Fällen zwar keine Klage gegeben ist, aber eine Zurückforderung des Gezahlten nicht stattfindet, auf die wegen einer nicht klag-

1. Vergl. darüber: Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjecte, S. 8 u. S. 34 folg. Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, S. 79. 80 folg.

2. Vergl. Bremer a. a. O., S. 34 folg. Siebenhaar, Correalobligationen, S. 154 folg.

3. Vergl. Neuner a. a. O., S. 80. Siebenhaar a. a. O., S. 155.

baren Forderung eingeräumten Pfandrechte, z. B. eine von der Ehefrau wegen einer formlosen Bürgschaft für den Ehemann, und zwar ebenfalls ohne Beobachtung der gesetzlichen Formen bestellte Hypothek, keine Anwendung finden. Verschieden hiervon ist der schon angedeutete Fall, wo in der Pfandbestellung ein Anerkennungsvertrag liegt; hier kommt es auf die Gültigkeit des letzteren an. Vergl. Annalen N. F. Bd. 4, S. 380.

---

§ 370. Auch für eine bedingte Forderung und für eine künftige Forderung kann ein Pfandrecht bestellt werden.

Motive. Das Nähere über die Bestellung eines Pfandes für künftige und bedingte Forderungen enthalten die §§ 398. 445. 482 des Entwurfs (§§ 387. 434. 471 des B. G.-B.).

Der im § enthaltene Satz ist gemeinrechtlich (l. 5. pr. D. de pign. et hyp.)[1]. Zur Einräumung eines Pfandrechtes ist nicht erforderlich, daß bereits ein debitum, eine dem Betrage nach bestimmte, fällige Schuld vorhanden sei; es genügt schon ein obligatorisches Verhältniß, in Folge dessen ein Anspruch entstehen kann, und es können selbst Pfandrechte gültigerweise eingeräumt werden, wenn in der Wirklichkeit noch gar kein obligatorisches Verhältniß vorhanden ist, und die künftige Entstehung desselben von den Betheiligten nur vorausgesetzt wird. Unter den im § erwähnten „bedingten" Forderungen sind die von dem Eintritte einer Suspensivbedingung abhängenden zu verstehen. Denn die Beifügung einer auflösenden Bedingung ändert nichts daran, daß die Forderung von Anfang an bis zum Eintritt dieser Bedingung besteht und das Pfandrecht sogleich entstehen kann. Eine „künftige" Forderung im Sinne des § würde eine solche sein, welche bei der Pfandbestellung überhaupt noch gar nicht vorhanden ist, deren künftige Entstehung vielmehr nur in der Vorstellung der Betheiligten beruht, wie dieß z. B. der Fall ist, wenn Jemand eine Geschäftsverbindung anknüpft, welche an und für sich allein noch kein obligatorisches Verhältniß begründet, sondern nur die Veranlassung dazu geben kann, daß künftighin Forderungen entstehen, also namentlich bei Hypotheken, die mit Rücksicht auf eine künftige Geschäftsverbindung und Creditertheilung bestellt werden. Forderungen, welche noch nicht fällig sind, — der gewöhnlichste Fall der Pfandbestellung, — sind keine „künftigen" sondern bereits bestehende Forderungen, und ebenso muß von den bedingten und zukünftigen Obligationen der oben angedeutete Fall unterschieden werden, wenn die Obligation schon durch das Dasein gewisser Verhältnisse (z. B. Ehe, Vormundschaft oder sonstige Verwaltung eines fremden Vermögens) begründet und nur in so fern noch ungewiß ist, als sich nicht übersehen läßt, ob aus jenem Verhältnisse und in welchem Umfange Ansprüche entstehen werden.

Ueber die gemeinrechtlich bestrittene Frage[2], mit welchem Zeitpunkte das Pfandrecht wegen bedingter und künftiger Obligationen in Wirksamkeit tritt, vergl. man die §§ 387. 434. 471. 472.

---

§ 371. Ein Pfandrecht kann für eine eigene oder für eine fremde Schuld bestellt werden.

Motive. Zu diesem § ist der § 484 des Entwurfs (§ 473 des B. G.-B.) zu vergleichen.

---

1. Dernburg, das Pfandrecht, § 67 folg.
2. Vergl. Dernburg a. a. O.

Die Bestellung eines Pfandrechtes für fremde Schulden hat die Eigenschaft einer Verbürgung, obschon dadurch allein noch keine persönliche Verpflichtung des Pfandbestellers, für die Zahlung der fremden Schuld einzustehen, begründet wird, vergl. die Motive zu § 1449. Ueber den Umfang des für eine fremde Schuld bestellten Faustpfandes handelt § 473 im zweiten Absatze. Bei der Bestellung einer Hypothek für fremde Schulden muß sich der Umfang des Pfandrechtes in Ansehung der Forderung stets nach dem, was im Grundbuche eingetragen worden ist und nach den in §§ 416 folg. aufgestellten Grundsätzen richten.

---

§ 372. Niemand kann an einem ideellen Theile der ihm gehörigen Sache oder des ihm gehörigen ideellen Theiles ein Pfandrecht bestellen.

Motive. Wie aus der Stellung dieses § hervorgeht, bezieht sich derselbe sowohl auf bewegliche als unbewegliche Sachen. Soviel erstere anlangt, so ist die Verpfändung einer beweglichen Sache, wenn sie dem Verpfänder ganz gehört, nach einem ideellen Theile, oder wenn sie dem Verpfänder blos nach einem ideellen Theile gehört, nach einem ideellen Theile des ideellen Theiles, um deswillen unmöglich, weil das Faustpfand nach § 477 des Entwurfs (§ 466 des B. G.-B.) Uebergabe der Sache an den Gläubiger voraussetzt. Ueber die Unzulässigkeit der Verpfändung der Immobilien nach ideellen Theilen ist zu § 399 des Entwurfs (§ 388 des B. G.-B.) das Nöthige gesagt. Uebrigens versteht es sich und es ist dieß auch in diesem § angedeutet, daß, wenn die Sache im Miteigenthume steht, jeder Miteigenthümer seinen ideellen Theil verpfänden kann.

---

§ 373. Die verpfändete Sache haftet ganz für jeden Theil der durch dieselbe gesicherten Forderung.

Motive. Durch diesen und den folgenden § hat der Satz, daß das Pfand, auch wenn es aus mehreren einzelnen Sachen besteht, ungetheilt auch für den nach Leistung einer partiellen Zahlung verbleibenden Rest der Forderung haftet, zur Anschauung gebracht werden sollen.

Die Bestimmungen beider §§ sind gemeinrechtlich. Die Untheilbarkeit beim Pfandrechte findet nur in Bezug auf das Pfandrecht statt; die Forderung, für welche es bestellt wird, ist stets theilbar, das Object des verpfändeten Rechtes (vergl. die Bemerkungen zu § 369) und dieses Recht selbst sind es auch[1]. Infolge seiner Untheilbarkeit besteht das Pfandrecht bis zur vollständigen Tilgung der Schuld fort und kann wegen jeden, auch des kleinsten, Theiles ausgeübt werden. Eben deshalb kann eine mit Pfandrecht versehene Forderung auch theilweise auf dritte Personen dergestalt übertragen werden, daß eine jede derselben das für die ganze Forderung bestehende Pfandrecht wegen des auf sie übergegangenen Forderungsantheils an der ganzen Pfandsache auszuüben befugt ist.

---

§ 374. Mehrere für dieselbe Forderung verpfändete Sachen bleiben pfandmäßig verhaftet, bis die Schuld ganz getilgt ist.

1. Siebenhaar, Correalobligationen S. 156.

Man verweist hierbei auf die Bemerkung zu dem vorigen §. Aus der Bestimmung des § 374 folgt zugleich, daß der Gläubiger in der Regel nicht genöthigt werden kann, das Pfandrecht an der einen Sache aufzugeben, wenn sich die Forderung so weit vermindert hat, daß die andere ihm ausreichende Deckung gewähren würde. (Vergl. die §§ 380 u. 397.)

---

§ 375. Derjenige, dessen Sache pfandmäßig verhaftet ist, behält, soweit nicht das Pfandrecht eine Beschränkung mit sich bringt, seine Rechte an der Sache.

Nach der Vorschrift des § steht dem Pfandschuldner auch das Recht der Veräußerung und der weiteren Verpfändung zu. Hierbei versteht es sich jedoch in Ansehung des Faustpfandes nach den Vorschriften der §§ 466 folg. von selbst, daß der Faustpfandgläubiger nicht zur Aufgabe seines Besitzes und zur Aushändigung der Sache an den Käufer oder an Denjenigen, welchem der Schuldner dieselbe als Faustpfand zu übergeben versprochen hat, genöthigt werden kann. Ueber das Versprechen des Hypothekenschuldners, das verpfändete Grundstück nicht zu veräußern oder weiter zu verpfänden, vergl. die Bemerkungen zu § 224.

---

§ 376. Eine den Werth der verpfändeten Sache mindernde Bestellung von Rechten ist, soweit sie die Sicherheit des Pfandgläubigers verletzt, demselben gegenüber nur wirksam, wenn er seine Einwilligung dazu ertheilt hat.

Motive. In diesem § wird durch die Worte: „demselben (dem Pfandgläubiger) gegenüber" angedeutet, daß die Vorschrift nicht etwa Dritten zu gute geht. Der Erwerber einer Sache muß dieselbe übernehmen, wie sie ihm der Veräußernde übergiebt; der erstere kann nicht mehr Rechte haben, als der letztere gehabt hat; auch der Pfandgläubiger braucht die späteren Belastungen nur dann nicht anzuerkennen, wenn er oder sein Rechtsnachfolger dadurch Nachtheil leidet, der neue Erwerber aber kann sich auf dieses Recht des Pfandgläubigers, als auf ein jus tertii, nicht berufen, sondern muß sich alle vor seinem Erwerbe vom Eigenthümer bewirkten Belastungen und sonst getroffenen Verfügungen gefallen lassen.

Nach der Bestimmung dieses § ist nicht die Belastung der Sache mit Rechten, welche ihren Werth vermindern, sondern nur die Wirksamkeit dieser Belastung gegenüber dem (älteren) Pfandgläubiger von der Genehmigung des letzteren abhängig gemacht worden. Das ohne die Genehmigung des Pfandgläubigers in sonst gesetzlicher Weise, z. B. durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangte Recht besteht daher an sich, und zwar dem Eigenthümer und jedem Dritten gegenüber, in seiner vollen Wirksamkeit, nur gegen den Pfandgläubiger und dessen Rechtsnachfolger ist es, soweit derselbe dadurch einen Nachtheil erleiden würde, unwirksam. Auf diesem allgemeinen Principe beruhen die Vorschriften in §§ 519. 528 des B. G.-B., zufolge deren die hypothekarischen Gläubiger, welche einem Auszuge, einer Leibrente, einem eisernen Kapitale oder einer Dienstbarkeit dem Alter nach vorgehen, im Falle der Zwangsversteigerung ein doppeltes Ausgebot mit und ohne diese Oblasten, verlangen können, dafern die letzteren ohne ihre Einwilligung bestellt worden sind. Hinsichtlich anderer, als der in §§ 515 u. 517 gedachten Reallasten, besteht nach § 421 die besondere Vorschrift, daß sie ohne erklärte (oder supplirte) Genehmigung der Hypothekengläubiger nicht eingetragen werden dürfen. Sollte der Eintrag ohne diese Ge-

nehmigung erfolgt sein, so würde die Vorschrift des § 376 die analoge Anwendung des in § 519 vorgeschriebenen Verfahrens wohl rechtfertigen[1]. (Man vgl. auch noch die Bemerkungen zu § 519.)

---

§ 377. Aenderungen an der verpfändeten Sache, welche deren Werth zum Nachtheile des Pfandgläubigers mindern, dürfen nicht ohne dessen Einwilligung vorgenommen werden.

Der § betrifft die physische Veränderung der Sache zum Nachtheile des Gläubigers, während sich der vorige § auf die rechtliche Veränderung bezieht. Jene wird bei dem Faustpfande aus dem Grunde nicht leicht ohne Zustimmung des Pfandgläubigers vorkommen, weil dieser die Sache in der Regel in seinem Gewahrsam hat. Bei Grundstücken zeigt sich eine Folge des im § ausgedrückten Grundsatzes in den Vorschriften über Dismembrationen und Consolidationen (vergl. §§ 419 folg.). Der § findet hiernach keine unmittelbare Anwendung auf den Fall, wo der Eigenthümer eines Grundstückes oder dritte Personen durch unpflegliche Bewirthschaftung oder auf andere Weise das Grundstück deterioriren und dadurch die Sicherheit der Hypothekengläubiger gefährden. Abgesehen von der Möglichkeit eines nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilenden Schädenanspruchs, steht jedoch dem Gläubiger, zur Abwendung derartiger Ungebührnisse, keine besondere Klage, sondern nur ein Antrag auf provisorische Sicherheitsmaßregeln, namentlich Sequestration, zu. Die Veräußerung der Ernte, des Inventars und anderer zu den von der Hypothek ergriffenen Zubehörungen nicht mit zu rechnender Gegenstände kann nur unter der Voraussetzung, daß darin eine die Sicherheit des Hypothekengläubigers beeinträchtigende Devastation liegt, einen Antrag auf provisorische Sicherheitsmaßregeln begründen. Man vergl. Annalen N. F. Bd. 3, S. 410.

---

§ 378. Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus der verpfändeten Sache verlangen, wenn die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung ganz oder zum Theil fällig ist.

Durch die im § getroffene Bestimmung ist die Frage, ob der Gläubiger, wenn Gefahr im Verzuge, schon vor der Verfallzeit zur Veräußerung der Pfandes verschreiten dürfe, verneint. Es ist aber auch andererseits, wenn die Forderung ganz oder theilweise fällig ist, eine besondere Mahnung, um den Schuldner erst noch in Verzug zu setzen, nicht erforderlich. Selbst ein Verzug des Gläubigers in der Annahme macht die nichtsdestoweniger vorgenommene Veräußerung der Sache nicht ungültig, kann aber einen Anspruch auf Entschädigung gegen ihn begründen.

---

1. Damit ist die Controverse entschieden, ob das im § 107 des Gesetzes vom 6. November 1843 nachgelassene doppelte Ausgebot eines verpfändeten Grundstücks nur in den § 107 d. a. G. ausdrücklich bezeichneten, oder auch in anderen Fällen, wenn z. B. das Grundstück ohne Genehmigung der älteren Hypothekengläubiger mit einem Nießbrauch belastet worden wäre, einzutreten habe. Vergl. hierbei Heyne, Commentar zum Hypothekengesetze, Bd. 1, S. 391 und Erörterungen aus dem Grund- und Hypothekenrechte S. 115.

In Bezug auf die Beschwerung des verpfändeten Grundstücks mit Reallasten vergl. man noch den § 421.

§ 379. Sind mehrere Sachen für dieselbe Forderung verpfändet, so hat der Pfandgläubiger die Wahl, aus welcher Sache er seine Befriedigung verlangen will.

Die Richtigkeit dieser schon gemeinrechtlichen Bestimmung folgt aus dem Grundsatze, daß von mehreren Pfandsachen jede einzelne für den gesammten Betrag der Forderung in allen ihren einzelnen Theilen gleichmäßig haftet und aus dem Zwecke der Pfandbestellung, welche dem Gläubiger die möglichste Sicherheit gewähren soll. Zu bemerken ist, daß sich der § auf den Fall bezieht, wenn der Besteller des Pfandrechtes für seine Schuld mehrere Sachen, z. B. mehrere Grundstücke verpfändet hat. Hat sich wegen einer mit Pfand oder Hypothek bereits versehenen Forderung eine dritte Person verbürgt und wegen ihrer bürgschaftlichen Verpflichtungen ebenfalls ein Pfandrecht bestellt, so sind zwei Obligationen vorhanden, welche durch Pfandrechte gesichert werden sollen, und die Frage, ob solchenfalls der Gläubiger die Wahl habe, aus welchem Pfande er seine Befriedigung suchen wolle, ist unter Berücksichtigung der über die Bürgschaft geltenden Grundsätze zu beurtheilen (vergl. §§ 1461 folg. und Siebenhaar, a. a. O. S. 161 unter Nr. 1.)

---

§ 380. Soll die Befriedigung eines Pfandgläubigers, welchem mehrere Sachen für dieselbe Forderung verpfändet sind, durch Verkauf geschehen, so kann der Pfandschuldner verlangen, daß mit dem Verkaufe der einzelnen Sachen nur nach und nach bis zur vollständigen Befriedigung des Pfandgläubigers vorgeschritten werde, wenn nicht im Voraus zu übersehen ist, daß der Verkauf einzelner Sachen dazu nicht genüge.

Motive. Diesen § hat man aufgenommen, weil dem strengen Rechte nach dem Pfandgläubiger das Recht zusteht, die ihm verpfändeten Sachen insgesammt ohne Rücksicht auf das Interesse des Verpfänders zu gleicher Zeit zum Verkaufe zu bringen; doch hat der Pfandgläubiger auch bei dem in diesem § erwähnten Verkaufe das Wahlrecht.

Diese auf einer billigen, die Rechte des Gläubigers nicht gefährdenden, Schonung des Schuldners beruhende Vorschrift, wird namentlich auch bei den, durch Hülfsvollstreckung (vergl. § 487) bestellten Pfändern zur Anwendung gelangen können. Auch nach dem bisherigen Rechte hat man sich in der Sächs. Praxis der Ansicht zugeneigt, daß der Gläubiger bei der Veräußerung mehrerer Pfandsachen mit einer gewissen Rücksicht auf den Schuldner zu Werke gehen müsse, und daß die Vernachlässigung dieser Obliegenheit einen Entschädigungsanspruch zur Folge haben könne[1]. Angehend insbesondere die Hülfsvollstreckung in mehrere dem Schuldner zugehörige Sachen, namentlich Grundstücke, so muß in Betreff der Frage, wie mit deren Versteigerung zu verfahren sei, ein pflichtmäßiges Ermessen des Richters, worauf auch die Vorschriften in § 45 des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 hinweisen, eintreten. Zu berücksichtigen ist, daß auch hier dem Gläubiger das Wahlrecht gebührt, wenn von mehreren Pfandsachen schon die eine oder die andere zu seiner Befriedigung voraussetzlich ausreicht, und daß, abgesehen von ganz besonderen Verhältnissen, nur dann eine Beschränkung dieses Wahlrechtes im Interesse des Schuldners Platz zu ergreifen hat, wenn die eine Pfandsache

1. Vergl. Zeitschr. für R. u. Verw., Bd. 23, S. 453.

voraussichtlich zur Deckung der Forderung genügte, die anderen aber dazu nicht ausreichten. Auch darf nicht unbeachtet bleiben, daß der Gläubiger das Recht hat, seine Befriedigung auf dem kürzesten und einfachsten Wege zu verlangen.

Hier läßt sich die Frage anknüpfen, ob ein Gläubiger, dem mehrere Sachen, namentlich mehrere Grundstücke, wegen derselben Forderung verpfändet sind, in der Ausübung des ihm zukommenden Wahlrechtes zu beschränken sei, wenn eins oder einige dieser Pfandobjecte mit späteren Pfandrechten für andere Gläubiger behaftet sind. Obwohl auch in diesem Falle das Wahlrecht des vorangehenden Gläubigers gemeinrechtlich unbestritten ist, so hat man doch von manchen Seiten her die Behauptung aufgestellt, daß dasselbe nicht willkürlich und zum Nachtheile der späteren Gläubiger ausgeübt werden dürfe[1]. Das B. G.-B. hat indessen in §§ 379. 380 eine Beschränkung dieser Art, welche den ersten Gläubiger nicht selten in eine sehr mißliche Lage versetzen würde, nicht ausgesprochen, weil derselbe auch bei dem im § 380 erwähnten successiven Verkaufe berechtigt ist, die Sache zu bestimmen, welche zuerst verkauft werden soll; er ist daher anderen Pfandgläubigern oder dem Schuldner über die Gründe, welche ihn bei der Wahl geleitet haben, keine Rechenschaft schuldig[2]. Eine, mehr scheinbare als wirkliche Beschränkung dieses Wahlrechtes liegt in dem, ziemlich allgemein[3] anerkannten Grundsatze, daß der wahlberechtigte Gläubiger im Concurse dem Richter eine objectiv gerechte Vertheilung der verschiedenen Pfandmassen überlassen müsse. — Dieser Grundsatz steht jedenfalls mit dem im § 379 anerkannten Wahlrechte nicht im Widerspruche, da bei einer objectiv gerechten Vertheilung der wahlberechtigte Gläubiger das Nämliche empfängt, was er durch Selbstbestimmung erreichen konnte; es handelt sich also im Wesentlichen nur darum, auf welche Weise die nach seiner Befriedigung verbliebene Uebermasse unter die nachstehenden Gläubiger zu vertheilen ist. Selten wird dieses Verhältniß beim Faustpfande vorkommen, von größerer praktischer Bedeutung ist es bei den hypothekarischen Forderungen, wenn die Zwangsversteigerung stattgefunden hat. Dem Hypothekengläubiger, dessen Forderung in ungetheilter Summe auf mehrere Grundstücke desselben Schuldners eingetragen ist, steht, wenn diese Grundstücke sämmtlich zur Zwangsversteigerung gelangt sind und die Erstehungsgelder gleichzeitig von dem Richter vertheilt werden sollen, kraft seines gesetzlichen Wahlrechtes auch das Befugniß zu, die Pfandmasse zu bestimmen, aus welcher er, bez. zunächst und soweit dieselbe dazu ausreicht, seine Befriedigung fordern will. Die Ausübung dieses Befugnisses kann aus verschiedenen Gründen, z. B. auch deshalb von Interesse für ihn sein, weil er noch eine andere Forderung hat, die nur auf einem der mehreren Grundstücke in untergeordneter Rangstellung haftet. Die ihm nachstehenden Hypothekengläubiger, deren Forderungen nur auf dem einen oder dem anderen jener Grundstücke haften, können aber unter einander eine Ausgleichung beanspruchen, wenn die Forderung ihres wahlberechtigten Vordermannes nur bei einer oder bei einigen der obligaten Massen zur Perception gekommen ist. Ueber die Modalität dieser Ausgleichung gehen die Ansichten der Rechtslehrer ziemlich auseinander. In der Sächs. Praxis ist die Ansicht recipirt, daß behufs dieser Ausgleichung bei einer jeden der dem wahlberechtigten Gläubiger obligaten Specialmassen vorerst die der Forderung des letzteren vorangehenden Posten abzurechnen und sodann die von diesen Massen verbleibenden Ueberreste verhältnißmäßig zur Deckung jener Forderung herangezogen, d. h. die Quoten bestimmt werden, welche eine jede jener Restmassen nach dem Verhältnisse ihres Betrages zum Betrage der Forderung beizusteuern gehabt hätte. Hiernach ist

1. Guyet im Archive, Bd. XVIII, S. 368 folg.
2. Vergl. Dernburg a. a. O. § 160.
3. Dernburg a. a. O. § 160 und die daselbst n. 7 angegebene Literatur.

das, was aus der einen Masse mehr zu der Befriedigung des wahlberechtigten Gläubigers entnommen worden ist, aus den übrigen zu ergänzen. Natürlich erledigt sich dieses Rechnungswerk, wenn die sämmtlichen Restmassen von der Forderung des wahlberechtigten Gläubigers erschöpft werden[1].

Verschieden von diesem Falle, wo es sich nur um die Vertheilung einer aus verschiedenen Bestandtheilen gebildeten Vermögensmasse desselben Schuldners durch die nach den Gesetzen hierzu competente Behörde handelt, sind die Fälle, in welchen wegen einer und derselben Forderung die Sachen mehrerer Personen dergestalt pfandweise haften, daß in Betreff dieser Forderung eine Mehrheit einzelner Obligationen besteht, und jeder Schuldner für die seinige ein Pfandrecht bestellt hat. Hier ist das Schuldverhältniß entscheidend, in welchem der Verpfänder zu dem Gläubiger steht. Denn nach diesem persönlichen Verhältnisse richtet sich auch das Pfandrecht. Es wird also, wenn hierbei das Wahlrecht des Gläubigers in Betracht gelangt, insbesondere darauf ankommen, ob durchgehends principale oder zum Theil nur subsidiäre Verpflichtungen vorhanden sind. Das Wahlrecht betrifft in solchen Fällen nicht die Befriedigungsmittel, welche das Vermögen eines Schuldners darbietet, sondern die Person des Verpflichteten, für dessen Schuld ein Pfandrecht bestellt wurde[2].

---

§ 381. Wird eine Sache zur Befriedigung der Pfandgläubiger verkauft, so hat der Verpfänder und wenn dieser das Eigenthum an einen Dritten übertragen hat, dieser letztere das Recht, zu verlangen, daß ihm der nach Tilgung sämmtlicher Forderungen, für welche das Pfand verhaftet war, verbleibende Ueberschuß ausgeantwortet werde.

Der in diesem § erwähnte Anspruch auf die Uebermasse steht im Concurse den chirographarischen Gläubigern des Verpfänders oder beziehendlich des Eigenthümers der Pfandsache zu. Man vergl. hierzu das Gesetz, die Wirksamkeit der von Ehegatten vorgenommenen Veräußerungen und einige Bestimmungen über die Zwangsversteigerung betr. vom 30. Juni 1868 § 25 und das Gesetz, einige Bestimmungen über den Concurs der Gläubiger betr. vom 8. Juli 1868 § 1 folg. (Gesetz- u. Verordn.-Bl. v. 1868 S. 442 und bez. 463).

Der Verpfänder und dessen Rechtsnachfolger müssen aber nicht allein das in § 379 gedachte Wahlbefugniß des Gläubigers anerkennen, welchem mehrere Sachen wegen seiner Forderung verpfändet worden sind, sondern sich auch, in den zum vorigen § besprochenen Fällen, eine den Interessen der übrigen Pfandgläubiger entsprechende Vertheilung des Erlöses gefallen lassen, weil jeder Pfandgläubiger kraft seines Pfandrechtes das Recht hat, zu verlangen, daß ihm, soweit die Rechte anderer Pfandgläubiger dieß zulassen, seine Befriedigung aus dem Pfande gewährt werde.

---

§ 382. Findet sich bei dem beabsichtigten Verkaufe der verpfändeten Sache kein Käufer, so hat der Pfandgläubiger das Recht, dieselbe um den Schätzungswerth an Zahlungsstatt zu übernehmen.

---

1. Ueber die Details derartiger Massevertheilungen vergl. Siegmann, Grund- und Hypothekenrecht S. 210 und Annalen N. F. Bd. 2, S. 141 folg.

2. Vergl. Siebenhaar a. a. O. S. 160 u. 421. Annalen N. F. Bd. 3, S. 145 folg.

Motive. Durch diesen § ist die Bestimmung der Erl. Proceßordnung ad tit. 39. § 8, welche bei Mobilien eine vorherige Feilbietung nicht fordert, abgeändert worden.

---

§ 383. Die vor der Verfallzeit der Pfandschuld getroffene Verabredung, daß im Falle der Nichtbefriedigung dem Pfandgläubiger das Pfand für die gesicherte Forderung oder für einen anderen Betrag verfallen sein oder ein Verkauf des Pfandes in anderer, als der gesetzlich vorgeschriebenen Art, erfolgen soll, ist nichtig.

Motive. In diesem § ist das gemeinrechtliche Verbot der sog. lex commissoria auch auf Fälle, die bisher nicht darunter begriffen waren, z. B. auch wenn die Ueberlassung der Sache an den Gläubiger für einen durch gerichtlich bewirkte oder sonst auf einem billigen arbitrium beruhende aestimatio zu bestimmenden Preis geschehen soll, extendirt worden, weil, wenn den Bedrückungen des Schuldners durch den Gläubiger mit Erfolg vorgebeugt werden soll, die Ungültigkeit aller und jeder im Voraus getroffenen Verabredungen, welche auf eine die Stelle der Zahlung vertretende Ueberlassung des Pfandes gehen, ohne Unterschied, ausgesprochen werden muß. Aus demselben Grunde hat man auch dem im Voraus getroffenen Uebereinkommen über die Modalität der Veräußerung des Pfandes die verbindliche Kraft abgesprochen.

Den Motiven ist nur noch die Bemerkung beizufügen, daß, wie der § lautet, eine Verabredung der in demselben gedachten Arten nur dann nichtig ist, wenn sie vor der Verfallzeit der Pfandschuld geschehen ist. Wird sie erst nach Verfall der Forderung getroffen, so steht ihrer Gültigkeit von dieser Seite her kein Hinderniß entgegen.

---

§ 384. Pfandrechte können nur mit der durch sie gesicherten Forderung auf Dritte übergehen. Die Uebertragung eines Pfandrechtes auf eine andere Forderung ist als Bestellung eines neuen Pfandrechtes zu beurtheilen.

Motive. In diesem § hat durch die Worte: „auf Dritte" der Fall, wo der Eigenthümer des Grundstückes selbst das darauf eingetragene Pfandrecht erwirbt, ausgeschlossen werden sollen.

Die Bestimmung des § folgt aus der an sich accessorischen Eigenschaft des Pfandrechtes, welche auch bei der Hypothek nur in so weit, als dieß eine consequente Durchführung des Ingrossationssystems erfordert, aufgegeben werden mußte. Ueber den, in den Motiven angedeuteten, nur bei dem Pfandrechte an Immobilien vorkommenden Fall sind die Bemerkungen zu §§ 442—449 und § 483 zu vergleichen.

---

§ 385. Uebergang der Forderung durch Erbfolge bewirkt ohne Weiteres den Uebergang der zur Sicherung der Forderung bestehenden Hypothek. Beim Faustpfande und in anderen Fällen des Ueberganges der Forderung entscheiden die bei den einzelnen Arten des Pfandrechtes darüber aufgestellten besonderen Vorschriften.

Die näheren Bestimmungen wegen des Ueberganges der Hypothek und der Uebertragung des Faustpfandes sind in §§ 437. 438 und § 482, beziehendlich § 2287 des B. G.-B. enthalten.

§ 386. Die Uebertragung der Forderung giebt dem neuen Gläubiger einen Rechtsgrund zur Uebertragung des damit verbundenen Pfandrechtes.

Nach dem § hat die Uebertragung einer mit Pfandrecht versehenen Forderung die Folge, daß der neue Gläubiger die Uebertragung des Pfandrechtes von dem bisherigen Gläubiger fordern kann, auch wenn ihm die letztere nicht ausdrücklich zugesagt worden sein sollte (vergl. § 954). Der neue Gläubiger hat also beim Faustpfande gegen den bisherigen Gläubiger eine Klage auf Ausantwortung des Pfandstückes; bei hypothekarischen Forderungen dagegen ist er befugt, seine Eintragung in das Hypothekenbuch zu beantragen, oder, wenn diese aus Gründen, welche in der Person des bisherigen Gläubigers beruhen, von der Grund- und Hypothekenbehörde beanstandet wird, eine Klage darauf, daß letzterer die Eintragung geschehen lasse, nach Befinden, die derselben entgegenstehenden Hindernisse beseitige. Man vergl. auch §§ 1441—1443 des B. G.-B.

Zweiter Abschnitt.

Pfandrecht an unbeweglichen Sachen.

I. Eintragung der Forderungen.

§ 387. Das Pfandrecht an unbeweglichen Sachen, Hypothek, entsteht durch die Eintragung der zu sichernden Forderung in das Hypothekenbuch. Die Eintragung setzt einen Rechtsgrund zur Hypothek voraus.

Nach der in diesem § enthaltenen, auf dem Ingrossationssysteme beruhenden Vorschrift, kann das Pfandrecht an unbeweglichen Sachen nur durch die Eintragung in das Hypothekenbuch entstehen; so lange diese noch nicht erfolgt ist, besteht nur ein persönlicher Anspruch (Rechtsgrund, oder nach der Terminologie des Gesetzes vom 6. November 1843. Rechtstitel) zu deren Erwerbung[1]. Ueber den Begriff der unbeweglichen Sachen vergl. man §§ 60 und 280.

Der Rechtsgrund zur Eintragung kann entweder a) auf einer unmittelbaren gesetzlichen Vorschrift, vermöge deren die Hypothek ohne und selbst gegen den ausdrücklichen Willen des Eigenthümers einzutragen ist, oder b) auf dem erklärten Privatwillen des letzteren, oder c) auf richterlicher Entscheidung beruhen.

---

1. Zum besseren Verständnisse der in diesem und den folgenden Abschnitten des B. G.-B. getroffenen Bestimmungen, berücksichtige man die durch das Gesetz v. 6. Novbr. 1843. §§ 14 folg. 151 folg. 168 folg. eingeführte, in der Gerichtsordnung v. 9. Januar 1865 beibehaltene innere Organisation der Grund- und Hypothekenbücher, nach welcher jedes einzelne Folium eine besondere (die III.) Rubrik enthält, worin die Schulden (mit Einschluß des Auszugs, der Leibrenten und eisernen Capitale), in kurzen, chronologisch geordneten, mit dem Datum der geschehenen Eintragung und mit besonderen Rangnummern versehenen Sätzen (Einträgen), so wie alle, diese Schulden betreffenden Veränderungen, über welche das Hypothekenbuch Auskunft ertheilen muß, eingezeichnet werden. Nach der Terminologie des B. G.-B. wird der Ausdruck „Grundbuch" (Rubrik I. II. des Folium) gebraucht, wenn es sich um die Eigenthumsverhältnisse, der Ausdruck „Hypothekenbuch", wenn es sich um die Schuldverhältnisse des Grundstücks handelt. Die speciellen Vorschriften über Inhalt und Form der Einträge sind in der Gerichtsordnung Abschnitt IV. §§ 106 folg. 123 folg. 137—167. 174—184 nachzulesen.

§ 388. Die Eintragung der Forderung darf nur auf einzelne, mit einem besonderen Folium im Grundbuche versehene, oder auf mehrere zu einer Gesammtsache vereinigte Grundstücke im Ganzen, sowie auf ideelle Antheile einzelner Miteigenthümer, nicht aber auf andere Theile und auf Zubehörungen des einzelnen Grundstücks oder der eine Gesammtsache bildenden Grundstücke bewirkt werden.

Motive. Soviel diesen § betrifft, so hat man es bei der Vorschrift des Gesetzes vom 6. November 1843. §§ 53. 54 bewenden lassen, daß mit Ausnahme des Falles, wo ein Grundstück im Miteigenthume steht, die Bestellung einer Hypothek an ideellen Theilen unstatthaft ist. Zwar ließe sich vielleicht behaupten, daß diese Vorschrift in ihrer Consequenz zu manchen Härten führe, wie dieß namentlich in dem Falle, wo Derjenige, welcher das Grundstück nach ideellen Theilen besessen hat, das alleinige Eigenthum daran erwirbt, in so fern hervortrete, als in diesem Falle durch Erwerb des alleinigen Eigenthumes das mit dem Miteigenthume verbundene Recht der Verpfändung eines ideellen Theiles ausgeschlossen werde, auch, wenn die Miteigenthümer bereits eine Hypothek an den ideellen Theilen bestellt haben, nach der Vereinigung des alleinigen Eigenthumes in einer Person denkbarer Weise Hypotheken vorkommen können, welche in Beziehung auf ideelle Theile anders, als in Beziehung auf das ganze Grundstück zu lociren seien. Indessen hat man hierauf ein entscheidendes Gewicht zu legen nicht vermocht, weil, wenn man die Verpfändung ideeller Theile gestatten wollte, dieß zu einer der Dismembration des Grundstückes gleichkommenden Theilung führen und die zur Erleichterung des Verständnisses der Einträge und dadurch unmittelbar zur Hebung und Förderung des Realcredits nöthige Uebersichtlichkeit des Inhaltes der Hypothekenbücher wesentlich beeinträchtigen würde. In diesen Rücksichten liegt auch der Grund, warum nach dem Gesetze vom 6. November 1843. § 80, selbst dann, wenn von Miteigenthümern ideelle Theile verpfändet worden, der Hypothekarier nicht die Veräußerung der ideellen Theile, sondern stets nur die Veräußerung des ganzen Grundstückes verlangen kann.

Der § 388 correspondirt dem bereits im § 372 im Allgemeinen aufgestellten Grundsatze. Maßgebend ist für die praktische Anwendung des § 388 der Inhalt des Foliums. Die auf demselben eingetragenen Grundstücke bilden nämlich entweder einen Grundstückskörper, einen geschlossenen Complex von mehreren im Verhältnisse der Zubehörigkeit zu einander stehenden Flurstücken, oder es sind einzelne (sog. walzende) Grundstücke; es können aber auch unter gewissen Voraussetzungen, deren Bestimmung der Hypothekenordnung zufällt[1], mehrere einzelne Grundstücke, ohne daß sie dadurch integrirende Theile Eines Grundstücks werden, auf ein Folium eingetragen werden, welchenfalls dieselben (nach § 64 des B. G.-B.), so lange diese Verbindung besteht, als eine Gesammtsache zu behandeln sind. Die Eintragung einer Forderung auf einzelne physische Theile eines Grundstücks oder Grundstückskörpers (z. B. eines Bauergutes) ist unter allen Umständen unzulässig; ebenso die Eintragung auf einzelne von den zu einer Gesammtsache verbundenen Grundstücken, so lange diese Verbindung nicht durch Abschreibung und Anlegung besonderer Folien hinwiederum gelöst worden ist.

Die Eintragung der Hypothek auf ideelle Antheile ist zwar in dem Falle, wenn die, in der einen oder der anderen Eigenschaft auf ein Folium gebrachten, Grundstücke sich im Miteigenthume mehrerer Personen befinden, zulässig, jedoch mit der Beschränkung, daß

1. Vergl. § 109 der Gerichtsordnung und Wenck's Commentar zu derselben, S. 82 folg.

sie nicht auf den ideellen Antheil des Verpfänders an einzelnen von diesen Grundstücken, und nicht an einem ideellen Theile dieses ideellen Antheils erfolgen darf[1]. Ueber die Vertheilung der Erstehungsgelder, wenn das versteigerte Grundstück wegen der einen Forderung nur nach einem ideellen Antheile, wegen der anderen ungetheilt verpfändet war, vergl. man ein Beispiel in den Annalen N. F. Bd. 2, S. 140 folg.

---

§ 389. Die zu sichernde Forderung kann nur mit einer bestimmten Summe eingetragen werden, für welche oder bis zu welcher die Hypothek wirksam sein soll.

Motive. Durch die Worte: „für welche (Summe) oder bis zu welcher" soll der Unterschied angegeben werden zwischen der sog. Cautionshypothek und der Hypothek für wiederkehrende Leistungen. Bei ersterer ist die Capitalsumme, über welche hinaus das Immobile nicht haftet, unter welcher aber der wirklich geschuldete Betrag stehen kann, einzutragen, weil es sich dabei eben darum handelt, in Ermangelung aller anderen Unterlagen, für eine etwaige Berechnung des Schuldbetrages ein maximum festzustellen, über das hinaus das Grundstück nicht haftet. Bei letzterer dagegen bedarf es nicht einer Capitalisirung der ganzen Leistung im Voraus, sondern blos der Angabe der Geldsumme der einzelnen Leistung. Man hat diese Modalität gewählt, weil auf der einen Seite eine Capitalisirung der wiederkehrenden Leistung in der Regel weder thunlich sein, noch, da dabei auf Möglichkeiten Rücksicht zu nehmen wäre, welche häufig nicht eintreten, der Wirklichkeit entsprochen wird, auf der anderen Seite aber eine Geldsumme der einzelnen Leistung nöthig ist, damit Dritte, welchen das Grundstück anderweit verpfändet werden soll, für die Berechnung der auf demselben liegenden Last ein Anhalten haben, das gänzlich fehlen würde, wenn andere wiederkehrende Leistungen, als Geldleistungen, eingetragen wären, ohne daß die einzelne Leistung zu einem Geldbetrage, durch dessen Zahlung sie abgemacht werden kann, ausgeworfen wäre. Von dieser Regel, daß es zu der Eintragung der wiederkehrenden Leistung der Angabe der Werthsumme bedarf, ist in § 527 des Entwurfs (§ 516 des B. G.-B.) in Beziehung auf den Auszug, in den Fällen, wo er die Eigenschaft einer Reallast hat, wo er also bei Grundstücksveräußerungen vorbehalten oder vom Eigenthümer des Grundstückes dem letzteren testamentarisch aufgelegt wird, eine Ausnahme gemacht.

Die in diesem und mittelbar auch die in dem vorigen § aufgestellten Sätze sind eine Folge des schon durch das Gesetz vom 6. November 1843 mit dem Ingrossationssystem eingeführten Principes der Specialität der Hypotheken, welches sich theils in Bezug auf den Gegenstand der Verpfändung, theils in Bezug auf die sicherzustellende Forderung äußert. Zu bemerken ist hierbei noch Folgendes: Die Worte „für welche" die Hypothek wirksam sein soll, beziehen sich auf die Fälle, in welchen die Forderung bereits zur Zeit der Hypothekenbestellung nach einem bestimmten Betrage besteht; mag nun der Gegenstand derselben von Anfang an eine Geldschuld, z. B. ein Darlehn, unbezahlte Kaufgelder u. s. w. gewesen, oder mag der Werth einer Sache oder einer anderen nicht in Gelde bestehenden Leistung zum Behufe der Eintragung der Hypothek zu einem bestimmten Geldbetrage abgeschätzt worden sein. Hierher gehören auch die in den Motiven erwähnten wiederkehrenden

1. Es darf also z. B. Niemand ein Sechstheil von dem ihm zustehenden ideellen Drittheile und auch kein Miteigenthümer seinen ideellen Antheil an einer einzelnen Flurparzelle, welche zu den Zubehörungen des gemeinschaftlichen Grundstücks gehört, verpfänden. Uebrigens vergl. man hierzu noch Siebenhaar, in der Zeitschrift für Rechtspflege 2c. Bd. 30, S. 385 folg.

Leistungen, wenn sie entweder in einer bestimmten, in gewissen Zeiträumen zahlbaren Geldsumme (Rente) oder auch in bestimmten Abentrichtungen oder Leistungen anderer Art, welche zu Gelde veranschlagt worden sind, bestehen. Bei diesen nämlich bedarf es zum Behufe der Eintragung zwar nicht der Capitalisirung der gesammten Leistung im Voraus, wohl aber der Angabe der einzelnen, auf gewisse Zeiträume, z. B. jährlich zu gewährenden Geldsummen[1]. Bei vertragsmäßigen Zinsen und Kosten genügt die Erwähnung des Zinsversprechens nebst Zinsfuß, und der Haftung für die Kosten im Allgemeinen, sofern nicht, was die letzteren angeht, die Haftung des Grundstücks über die in § 418 für gewisse Fälle festgesetzte Summe ausgedehnt werden soll; das Princip der Specialität ist hierbei durch die in §§ 417. 418 ertheilten Vorschriften gewahrt worden. Die Worte „bis zu welchem" die Hypothek wirksam sein soll, gehen die sog. Cautionshypotheken an, welche an ihrer Stelle sind, wenn sich der gegenwärtige oder künftige Schuldbetrag noch nicht definitiv zur Ziffer bringen läßt, mithin eine Summe ermittelt und eingetragen werden muß, bis zu welcher das verpfändete Grundstück für den „ganzen künftig zu berechnenden" Schuldbetrag einstehen soll. Es liegt in dem Wesen und Zwecke einer solchen Caution, daß nicht außer und neben dem Betrage der eingetragenen Cautionssumme, welche eben dazu dienen soll, den Höchstbetrag der Haftung anzugeben, auch noch ein Anspruch auf prioritätische Befriedigung wegen Verzugs- oder gesetzlicher Zinsen von diesem maximum, — mit Ausnahme jedoch der usurae rei iudicatae, — erhoben werden kann[2]. Da übrigens nach dem Principe der Specialität und der hierauf basirenden Bestimmungen des § 389 eine Hypothek nicht unmittelbar für Verpflichtungen bestellt werden kann, die sich nicht auf eine Zahlung in Gelde beziehen, wie z. B. die Verpflichtung des Vermiethers oder Verpachters, das vermiethete oder verpachtete Grundstück dem Abmiether oder Pächter auf die Dauer der Contractszeit zu gewähren, so ist die Bestellung einer Cautionshypothek wegen eventueller Entschädigungsansprüche der einzige Weg, auf dem eine hypothekarische Sicherstellung in derartigen Verhältnissen erlangt werden kann. Anlangend die Höhe der einzutragenden Haftsumme, so haben sich darüber bei den auf Privatwillen beruhenden Hypotheken die Betheiligten zu vereinigen. Die Grund- und Hypothekenbehörde, deren Competenz sich auf die nicht streitigen Rechtsgeschäfte beschränkt, mag zu einer gütlichen Vereinbarung in geeigneter Weise mitwirken, muß aber, wenn eine solche nicht zu Stande kommt, den Parteien die Ausführung im Rechtswege überlassen. Ueber die Haftsumme bei Hypotheken, welche wegen eines gesetzlichen Rechtsgrundes einzutragen sind, und über die Eintragung eines Auszugs, welche ausnahmsweise ohne Angabe irgend einer Geldsumme erfolgt, vergl. die Bemerkungen zu §§ 393 und 515.

II. Rechtsgrund zur Eintragung.

§ 390. Kraft des Gesetzes hat die Ehefrau, so lange die Ehe besteht, wegen ihres dem Ehemanne bei Eingehung oder während der Ehe eingebrachten beweglichen Vermögens einen Rechtsgrund zur Erwerbung einer Hypothek an den Grundstücken ihres Ehemannes.

Motive. Dieser § stimmt im Wesentlichen mit dem § 38 sub 1 des Gesetzes v. 6. November 1843 überein. Doch ist auf Folgendes aufmerksam zu machen:

---

1. Nach § 49 des Gesetzes vom 6. November 1843 war bei den wiederkehrenden, nicht in Gelde bestehenden Abentrichtungen die Eintragung auch ohne Angabe einer Geldsumme gestattet.

2. Vergl. Annalen Bd. 4, S. 185.

a) Der § bezieht sich auf „das dem Ehemanne bei Eingehung der Ehe oder während der Ehe eingebrachte bewegliche Vermögen". Zu dem beweglichen Vermögen gehören nach § 62 des Entwurfs (§ 59 des B. G.-B.) auch Forderungen. Dessenungeachtet werden Forderungen, welche die Ehefrau an Dritte hat, in der Regel nicht zu dem beweglichen eheweiblichen Vermögen zu rechnen sein, wegen dessen ein gesetzlicher Titel zur Eintragung besteht, weil der Ehemann nach § 1708 des Entwurfs (§ 1677 des B. G.-B.) über dieselben kein Dispositionsrecht hat.

b) Auf Ansprüche aus der Verwaltung des Ehemannes und auf Immobilien erstreckt sich der gesetzliche Rechtstitel zu Eintragung des eheweiblichen Vermögens nicht.

c) Durch die Worte: „so lange die Ehe besteht" wird ausgesprochen, daß nach Auflösung der Ehe durch Scheidung oder Tod die Eintragung des eheweiblichen Vermögens nicht weiter verlangt werden kann.

d) Die Frage, ob die Ehefrau bei einer nichtigen Ehe Eintragung ihres Vermögens auf Grundstücke des Ehemannes mit rechtlicher Wirkung fordern könne, ist nach den allgemeinen Grundsätzen über die putative Ehe zu entscheiden.

e) Auf das Leibgedinge war keine Rücksicht zu nehmen, weil dasselbe in Sachsen nicht mehr besteht.

Zu den beweglichen Sachen, hinsichtlich deren die Ehefrau einen gesetzlichen Rechtsgrund zur Erwerbung einer Hypothek an den Grundstücken ihres Ehemannes hat, gehören die nicht verbrauchbaren ebensowohl, als die verbrauchbaren; denn auch rücksichtlich der ersteren bedarf die Ehefrau einer Sicherstellung in so fern, als dabei dem Ehemanne die Verwaltung und Nutznießung und damit zugleich die factische Disposition zusteht[1], und wenn sich auch der gesetzliche Rechtstitel der Ehefrau nicht auf Ansprüche aus der Art und Weise der Verwaltung des eheweiblichen Vermögens erstreckt, so muß ihr doch, wenn sie von dem gesetzlichen Rechtsgrunde Gebrauch gemacht hat, das ehemännliche Grundstück für den Ersatz einer von dem Ehemanne verschuldeten Vernichtung oder Verminderung des Werthes der inferirten beweglichen Sachen haften. Auf Forderungen, welche die Ehefrau selbst an ihren Ehemann hat, ist der § 390 wenigstens dann anwendbar, wenn die Eheleute sich darüber vereinigt haben, daß der Gegenstand der Forderung als inferirt gelten solle und die Forderung auf bewegliche Sachen geht. Man vergl. übrigens wegen der hierbei wesentlich in Betracht kommenden Streitfrage, ob bei Forderungen der Ehefrau an den Ehemann die Forderung, oder der Gegenstand derselben für inferirt zu gelten habe, die Bemerkungen zu § 1677. Die auf Antrag der Ehefrau eingetragene Hypothek hat ihrem Wesen und Zwecke nach die Eigenschaft einer Cautionshypothek, weil sich die Ansprüche, welche der Ehefrau in Bezug auf die künftige Restitution ihres beweglichen Vermögens zustehen werden, zum Voraus noch nicht übersehen lassen; das Grundstück haftet bis zum, aber nicht über den Betrag der eingetragenen Summe[2] für die seiner Zeit erweislich zu machenden Ersatzansprüche. Hierbei ist aber noch zu berücksichtigen, daß sich, wie der § lautet, die Ehefrau wegen ihres „eingebrachten 2c. Vermögens" eine Hypothek auf die Grundstücke ihres Ehemannes eintragen zu lassen berechtigt ist; es hängt also diese Berechtigung davon ab, ob sie dem Ehemanne ein derartiges Vermögen bereits inferirt hat; bevor diese Illation nicht wirklich erfolgt ist, und zum Voraus, steht ihr auch der gesetzliche Rechtsgrund noch nicht wirksam zur Seite, und eben deshalb würde man die Frage, ob eine wegen der gegenwärtigen Illaten eingetragene Cautionshypothek auch

1. Annalen Bd. 5, S. 287.
2. Vergl. hier noch die Bemerkungen zu § 393.

für die erst später inferirten beweglichen Sachen hafte, richtiger zu verneinen, und anzunehmen haben, daß sich die Ehefrau, in Gemäßheit der Schlußbestimmung des § 396 wegen der neueren Illaten durch die, auf ihr Ansuchen zu bewirkende, Eintragung einer neuen Cautionshypothek sicher zu stellen habe.

Das Recht, die Eintragung zu verlangen, steht übrigens nur der Ehefrau, oder wenn diese noch unmündig ist, ihrem Vormunde und zwar, wie der § übereinstimmend mit der bisherigen Praxis[1] ausdrücklich angiebt, während der Ehe zu. In Bezug auf den in den Motiven sub d) gedachten Fall einer nichtigen Ehe ist noch zu gedenken, daß die auf gesetzlichem Rechtsgrunde beruhende Hypothek der putativen Ehefrau nach § 1628 ihre volle Gültigkeit behält, wenn sich die Ehefrau zur Zeit der Illation und des Eintrags im redlichen Glauben befunden hat.

---

§ 391. Kraft des Gesetzes haben die in väterlicher Gewalt stehenden Kinder einen Rechtsgrund zur Erwerbung einer Hypothek an den Grundstücken des Vaters wegen ihres in dessen Verwaltung befindlichen beweglichen Vermögens und der aus dieser entstehenden Ansprüche, soweit sie deshalb Sicherheitsleistung fordern können.

Motive. Dieser § wiederholt den § 38 sub 3 des Gesetzes vom 6. November 1843. Uebrigens ist der § 1848 des Entwurfs (§ 1815 des B. G.-B.) zu vergleichen.

Nach der Vorschrift des § 391, welcher den § 38 sub 3 des Hypothekengesetzes vom 6. Novbr. 1843, jedoch in einer specielleren Fassung wiederholt, tritt der, auf dem Verhältnisse der väterlichen Gewalt beruhende, ebensowohl den volljährigen als den minderjährigen Kindern in väterlicher Gewalt zustehende gesetzliche Rechtsgrund in Wirksamkeit, wenn das Vermögen der Kinder vom Vater zu verwalten ist und die Gesetze den Vater zu einer Sicherheitsleistung wegen dieses Vermögens verpflichten. Nach Inhalt der §§ 1814 und 1815 ist nun der Vater wegen des Vermögens, an welchem ihm kraft seiner väterlichen Gewalt der Nießbrauch und die Verwaltung gebührt, nur ausnahmsweise, unter den § 1815 bemerkten Voraussetzungen, zur Sicherheitsleistung verpflichtet und in diesen Fällen tritt auch (vergl. § 1815) der in § 391 erwähnte Rechtsgrund zur Erwerbung einer Hypothek an den Immobilien des Vaters ein. In Bezug auf das Vermögen der Kinder aber, an welchem (vergl. §§ 1811. 1816) der Vater die Verwaltung ohne den gesetzlichen Nießbrauch hat, ist eine weitere Bestimmung über die Cautionspflicht des Vaters durch das B. G.-B., welches in diesem Punkte von dem bisherigen Rechte[2] abweicht, nicht getroffen, sondern nur angeordnet worden, daß in diesem und den sonst noch in § 1816 gedachten Fällen den minderjährigen Kindern ein Vormund bestellt werden soll. Wenn also auch wegen eines solchen Vermögens der Kinder, welches blos der Verwaltung und nicht dem Nießbrauche des Vaters unterliegt, Sicherheitsmaßregeln anderer Art sowohl im Interesse der minderjährigen Kinder von deren Vormündern, als von den volljährigen Kindern für ihre Person ergriffen werden können, so ist doch der in § 391 erwähnte gesetzliche Rechtsgrund zur Erwerbung einer Hypothek an den Immo-

---

1. Annalen Bd. 1, S. 116.

2. Vergl. Gesetz v. 6. Novbr. 1843. § 38. sub 3 in Verbindung mit §§ 52. 56 des Mandats v. 4. Juni 1829, die Aufhebung der stillschweigenden Pfandrechte u. s. w. betr. und §§ 80. 84 des Gesetzes zur Einführung mehrerer kreisländischer, die Priorität der Gläubiger u. s. w. betreffender gesetzlicher Bestimmungen in der Oberlausitz, v. 25. Januar 1836.

bilien des Vaters, als ein den Kindern zukommendes besonderes Recht, auf die in §§ 1814 und 1815 gedachten Fälle der bedingten usufructuarischen Cautionspflicht des Vaters zu beschränken.

Selbstverständlich ist, daß der gesetzliche Rechtsgrund der Kinder in väterlicher Gewalt wegfällt, sobald die väterliche Gewalt beendigt ist.

---

§ 392. Kraft des Gesetzes haben Minderjährige und andere unter Vormundschaft stehende Personen wegen der gegen den Vormund aus dessen Vermögensverwaltung etwa entstehenden Forderungen bis zu dem Betrage, für welchen der Vormund Sicherheit zu bestellen verbunden ist, einen Rechtsgrund zur Erwerbung einer Hypothek an den Grundstücken des Vormundes.

Motive. Dieser § enthält das Princip des § 38 sub 2 des Gesetzes vom 6. November 1843. Das Nähere über die Verpflichtung des Vormundes zur Sicherheitsleistung enthalten die §§ 1935 folg. des Entwurfs (§§ 1902 folg. des B. G.-B.).

Die Bestimmung dieses § bezieht sich nur auf solche Personen, welchen ein Vormund bestellt worden ist, findet also keine Anwendung auf den Vater, welcher das seinem Nießbrauche entzogene Vermögen seiner Kinder, als solcher und nicht als bestätigter Vormund verwaltet.

---

§ 393. Kraft des Gesetzes haben der Staat, die Kirchen, ingleichen mit juristischer Persönlichkeit versehene Vermögensmassen, deren Mittel für öffentliche Unterrichtsanstalten, Stipendien, öffentliche Versorgungs-, Unterstützungs-, Heil-, Straf- und Besserungsanstalten bestimmt sind, einen Rechtsgrund zur Erwerbung einer Hypothek an den Grundstücken der bei der Vermögens- oder Kassenverwaltung angestellten Diener wegen der aus letzterer etwa entstehenden Forderungen.

Motive. In diesem §, welcher auf das Gesetz vom 6. November 1843 sub 4 basirt ist, hat man eine Fassung gewählt, welche andeuten soll, daß der fragliche Titel nur solchen mit juristischer Persönlichkeit versehenen Anstalten zukommt, welche im öffentlichen Interesse bestehen, namentlich aber Stadt- und Dorfgemeinden weder überhaupt, noch in Beziehung auf Anstalten, welche nicht aus eigenen Mitteln der letzteren, sondern aus Gemeindemitteln erhalten werden und daher nicht als selbständige Subjecte in Betracht kommen, desselben theilhaftig sind.

Von den am Schlusse der Motive erwähnten Anstalten, welche aus den Mitteln einer Stadt- oder Landgemeinde erhalten werden, sind diejenigen Anstalten und Vermögensmassen wohl zu unterscheiden, welche nur unter der Leitung und Oberaufsicht einer Gemeindeobrigkeit stehen; diese haben, unter den sonstigen im § gedachten Voraussetzungen, den gesetzlichen Rechtsgrund zur Erwerbung einer Hypothek ebenfalls in Anspruch zu nehmen. Unter den „bei der Vermögens- oder Kassenverwaltung angestellten Dienern" wird man nur die mit der Vermögensverwaltung und den Kassengeschäften selbst betrauten Personen, und nicht die blos controlirenden Oberbeamten zu verstehen haben.

In Bezug auf die sämmtlichen in §§ 390—393 erwähnten gesetzlichen Rechtsgründe zur Hypothekenerwerbung ist noch Folgendes zu bemerken.

Es gilt auch bei ihnen der Grundsatz, daß die Hypothek nur mit Angabe einer gewissen Summe, „bis zu welcher" das Grundstück haften soll, eingetragen werden kann. Die Höhe dieser Summe hängt aber nicht von einer Vereinbarung der Betheiligten, oder von einer durch die Grund- und Hypothekenbehörde zu veranstaltenden Erörterung, sondern von der Bestimmung des Berechtigten oder Dessen ab, welcher für den Berechtigten und dessen Sicherstellung zu sorgen hat. Die Grund- und Hypothekenbehörde ist allerdings befugt und verpflichtet, den Nachweis des Verhältnisses zu fordern, auf welchem der gesetzliche Rechtsgrund beruht, in so fern ihr die Existenz dieses Verhältnisses nicht bereits auf zuverlässige Weise (z. B. Requisition der vormundschaftlichen Behörde) bekannt geworden ist; im Uebrigen aber hat sie die angemeldete Haftsumme, dem Antrage gemäß, unbeanstandet einzutragen und dem Schuldner die Ausführung seiner Widersprüche (vergl. § 397) zu überlassen. Zu berücksichtigen ist indeß, daß bei den unter Vormundschaft stehenden Personen und nach Befinden auch bei den minderjährigen Kindern in väterlicher Gewalt, die obervormundschaftliche Behörde vorerst die Nothwendigkeit der Cautionsbestellung und sodann den Betrag der Haftsumme zu ermessen und zu bestimmen hat. Die Ehefrau ist berechtigt, bei der Berechnung der einzutragenden Haftsumme den Illationswerth der Sachen zu Grunde zu legen. Vergl. Annalen Bd. 5, S. 287.

---

§ 394. Ein Gläubiger, dessen Forderung zur Hülfsvollstreckung geeignet ist, hat, soweit erstere nicht schon durch eine Hypothek gesichert ist, einen gesetzlichen Rechtsgrund zur Eintragung dieser Forderung auf die Grundstücke des Schuldners.

Motive. Dieser § entspricht dem § 40 des Gesetzes vom 6. November 1843. Durch die Worte: „dessen Forderung zur Hülfsvollstreckung geeignet ist" soll ausgedrückt werden, daß hier nicht blos Forderungen, welche in re judicata beruhen, sondern auch Forderungen gemeint sind, welche dem im § 85 des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 angegebenen Requisite entsprechen.

Der obige § betrifft den Fall, wenn der Rechtsstreit, beziehendlich die rechtskräftige Entscheidung nicht die Bestellung einer Hypothek, sondern die Zahlung einer Geldschuld zum Gegenstande hat, wegen deren das gerichtliche Verfahren bis zur Hülfsvollstreckung gediehen ist. Nach der in den Motiven betonten Fassung ist es bei diesem gesetzlichen Rechtsgrunde, wobei die Eintragung eines noch nicht mit Hypothek versehenen liquidi, zugleich die Stelle der nach älterem Sächs. Rechte üblichen symbolischen Vollstreckungsacte vertritt, ohne wesentlichen Einfluß, auf welchen proceßrechtlichen Unterlagen die Einleitung des Hülfsverfahrens beruht, wenn nur diese Unterlagen so beschaffen sind, daß auf Grund derselben, den bestehenden Proceßgesetzen zu Folge, das executivische Verfahren eingeleitet und die Hülfsvollstreckung in die Immobilien des Schuldners vorgenommen werden muß[1]. Da nach dem Ingrossationssysteme auch im Wege der Hülfsvollstreckung

---

1. Vergl. in Bezug auf das zur Zeit geltende Proceßrecht: Das Executionsgesetz v. 28. Febr. 1838. §§ 1 folg. 85. 86 folg.; Gesetz, die Abkürzung und Vereinfachung des bürgerlichen Proceßverfahrens betr. v. 30. December 1861. §§ 9. 24 u. § 33; Gesetz, die gütliche und kostenfreie Vermittelung streitiger, noch nicht gerichtlich anhängiger Civilansprüche durch die Untergerichte betr. v. 30. December 1861. § 14. Ferner wegen der Kosten: E. P.-O. ad Tit. VII. § 4 und ad Tit. XXXVI. § 2 folg.; Gesetz, das Liquidiren der Advocaten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betr. vom

ein Pfandrecht an Grundstücken nur durch Eintragung in das Hypothekenbuch erworben werden kann, so ist es nicht zu bezweifeln, daß der § auch bei rückständigen Proceßkosten, Sachwaltergebühren, Strafgeldern oder bei Abgaben und anderen, auf Vorschriften des öffentlichen Rechtes beruhenden Forderungen anzuwenden ist, wenn zu deren Beitreibung ein gesetzmäßiges Hülfsverfahren eingeleitet worden und die Vollstreckung der Hülfe in das Grundstück des Schuldners gesetzlich statthaft ist.

Bei der Revision des Entwurfs wurde anfänglich bei diesem § ein Zusatz des Inhalts beschlossen, daß dieser gesetzliche Rechtsgrund auch einem Gläubiger zukommen solle, wegen dessen Forderung der Schuldner nach Behändigung der Klage die Hülfe in sein Grundstück für vollstreckt anzunehmen erklärt habe. Dieser Zusatz wurde jedoch, aus Rücksicht auf den Mißbrauch, welcher mit einer solchen Bestimmung getrieben werden könne, aufgegeben. Daraus folgt, daß, wie auch die Wortfassung des § andeutet, eine derartige Erklärung des Schuldners keinen gesetzlichen Rechtsgrund zur Erwerbung einer Hypothek abgeben, sondern nur noch die Bedeutung einer auf Bestellung der Hypothek gerichteten freien Willenserklärung (§ 398) haben kann, bei welcher die Eintragung der Hypothek durch die Protestation eines Dritten und selbst durch den (späteren) Widerspruch des Schuldners beanstandet werden würde[1].

---

§ 395. Eine rechtskräftige Entscheidung, welche auf Bestellung einer Hypothek gerichtet ist, giebt einen gesetzlichen Rechtsgrund zur Eintragung.

Motive. Angehend diesen §, so hat man denselben aus nachstehenden Gründen aufgenommen. Wenn man in dem Falle von § 405 des Entwurfs (§ 394 des B. G.-B.) der res judicata die Wirkung beilegt, daß durch Protestation (eines Dritten) ihre Vollstreckung nicht gehindert wird, so muß dieß zufolge der rechtlichen Natur der res judicata, daß sie unter allen Umständen zur Vollstreckung gelangen soll, auch im Falle des vorliegenden § anerkannt werden, weil sonst Derjenige, welchem wegen einer unbestrittenen Forderung eine Hypothek versprochen worden ist, und welcher die rechtskräftige Verurtheilung des Schuldners zu Bestellung der Hypothek erlangt hat, schlechter gestellt sein würde, als Derjenige, dem eine Hypothek nicht versprochen und dessen Forderung vom Schuldner bestritten worden ist, der aber eine rechtskräftige Verurtheilung des Schuldners zu Bezahlung der Schuld erlangt hat. In dem einen wie in dem anderen Falle erscheint die Eintragung als eine nothwendige, die Beachtung einer entgegenstehenden Protestation ausschließende Veräußerung und es kann daher aus dem Umstande, daß in dem einen Falle ein gesetzlicher Rechtstitel, in dem anderen Falle dagegen ein auf Privatwillkür beruhender Rechtsgrund zur Eintragung unterliege, ein Unterschied zwischen beiden Fällen nach der hier in Frage stehenden Seite hin nicht abgeleitet werden.

---

14. Mai 1840; Advokatenordnung v. 3. Juni 1859. § 24; Ausführ.-Verordnung zu derselben vom nämlichen Tage, § 7; endlich wegen der Execution auf Requisition der Verwaltungsbehörden Gesetz A. vom 28. Januar 1835. §§ 3 folg.

1. Ueber diese früher nicht unbestrittene Frage vergl. das Mandat, einige Bestimmungen über die Pfandrechte ꝛc. enthaltend, v. 4. Juni 1829. §§ 17—21; Gesetz v. 25. Jan. 1836. §§ 24—28; Haubold, a. a. O. § 211 not. h.; Heyne, Commentar, Bd. I. S. 224. Ein willkürlicher Verzicht auf den Erlaß der gesetzlichen Zahlungsauflage und Zahlungsfrist, um den Eintritt des gesetzlichen Rechtsgrundes zu beschleunigen, würde nach dem B. G.-B. ebenfalls nicht für zulässig zu erachten sein. Man vergl. Annalen N. F. Bd. 3, S. 412.

Die Bestimmung des § 395, welche sich auf den Fall bezieht, wenn der Gegenstand des Rechtsstreites die Bestellung einer auf Privatwillen beruhenden Hypothek gewesen und der Beklagte zu deren Bestellung verurtheilt, oder wenn vom Theilungsrichter die Bestellung einer solchen angeordnet worden ist, kommt in dem Gesetze vom 6. Nov. 1843, welches die rechtskräftige Entscheidung nur als Löschungsgrund erwähnt, noch nicht vor. Uebrigens wird durch dieselbe daran nichts geändert werden, daß die Vollstreckung einer solchen Entscheidung vor dem Proceßrichter einzuleiten, und auf diesem Wege der Eintrag bei der Grund- und Hypothekenbehörde zu vermitteln ist.

---

§ 396. Besteht der gesetzliche Rechtsgrund zur Erwerbung einer Hypothek hinsichtlich mehrerer Grundstücke, so kann der Berechtigte die Grundstücke bestimmen, auf welche die Eintragung geschehen soll. Derselbe gesetzliche Rechtsgrund kann wiederholt geltend gemacht werden.

Die Vorschrift dieses § bezieht sich, wie die allgemeine Fassung lehrt, auf die sämmtlichen in §§ 390—395 erwähnten Fälle und kann nicht anders als so verstanden werden, daß der Berechtigte die Wahl hat, ob er die Eintragung der Haftsumme gleichzeitig oder successiv auf alle, oder nur auf eines oder einige, von ihm zu bestimmende Grundstücke verlangen will. Der Schlußsatz ist hauptsächlich auf die §§ 390—394 erwähnten Rechtsgründe anwendbar, welche nicht blos wegen neuer Ansprüche, z. B. von der Ehefrau wegen neuer Illationsposten, sondern auch rücksichtlich anderer, namentlich neu erworbener, Grundstücke des Schuldners wiederholt geltend gemacht werden dürfen. Die im § 395 als Rechtsgrund gedachte rechtskräftige Entscheidung wird sich immer auf die Bestellung einer Hypothek wegen einer bestimmten Forderung an bestimmten Immobilien beschränken und kann daher für andere Forderungen und Grundstücke keinen Rechtsgrund zur Eintragung abgeben.

---

§ 397. Die Eintragung einer Hypothek vermöge gesetzlichen Rechtsgrundes wird durch den Widerspruch des Eigenthümers nicht gehindert. Derselbe kann aber seine Einwendungen, insbesondere auch, daß die Forderung gar nicht oder nicht nach dem behaupteten Betrage bestehe, oder daß mehr Grundstücke, als nöthig, belastet worden seien, ausführen und die gänzliche oder theilweise Löschung der Hypothek verlangen. Ist die Forderung streitig, so trifft die Beweislast Denjenigen, welcher den gesetzlichen Rechtsgrund geltend gemacht hat. Daß eine beschränktere Sicherstellung genügend sei, hat der Eigenthümer zu beweisen.

Motive. In diesem § wird die bestrittene Frage, wie die Beweislast zu normiren sei, wenn von Seiten des Grundstücksbesitzers wider die auf Grund eines gesetzlichen Rechtstitels erfolgte Eintragung einer Hypothek Widerspruch erhoben wird, dahin entschieden, daß, wenn es sich um die Existenz der eingetragenen Forderung handelt, Derjenige den Beweis zu führen hat, welcher den Antrag auf Eintragung gestellt hat, dagegen aber die Beweislast den Grundstücksbesitzer trifft, wenn der Widerspruch desselben nur gegen die vom Gläubiger behauptete Insufficienz eines bestimmten Grundstückes zur Sicherung der Forderung gerichtet ist.

Die Klage, welche dem Eigenthümer wegen gänzlicher oder theilweiser Löschung der Hypothek zusteht, ist als eine negatorische[1] zu betrachten. Wird dieselbe angestellt, weil die Forderung auf sämmtliche oder mehrere Grundstücke eingetragen worden ist und der Kläger behauptet, daß schon eines oder einige derselben zur Sicherstellung des Gläubigers ausreichen, so kommen die Vorschriften des § 137 zur Anwendung. Uebrigens schließt die Berechtigung des Eigenthümers zur Klaganstellung nicht aus, daß seine Widersprüche unter geeigneten Umständen auch im Justizverwaltungswege durch Anordnungen der zuständigen Behörde erledigt werden können[2].

Angehend die Unwirksamkeit eines Widerspruchs gegen die Eintragung der auf gesetzlichen Rechtsgründen beruhenden Hypotheken, so erwähnt der § nur den Widerspruch des Eigenthümers als unwirksam, während der correspondirende § 42 des Gesetzes vom 6. Novbr. 1843 Widersprüche im Allgemeinen, also auch Widersprüche dritter Personen für unstatthaft erklärte. Indessen liegt es in der Natur der Sache und wird auch in den Motiven zu § 395 vorausgesetzt, daß gegen die Eintragung der auf gesetzlichen Rechtsgründen beruhenden Hypotheken Widersprüche, also auch bereits eingetragene Verwahrungen dritter Personen, nicht zu beachten sind[3].

Schließlich ist in Bezug auf die gesetzlichen Rechtsgründe zu Erwerbung einer Hypothek noch zu gedenken,

a) daß die in § 41 des Gesetzes vom 6. Novbr. 1843 wegen des Auszugs getroffene Bestimmung in §§ 515. 516 Berücksichtigung gefunden hat, dagegen

b) die Vorschrift in § 39 desselben Gesetzes zu Gunsten der Vermächtnißnehmer und Derjenigen, welche auf den Todesfall Etwas geschenkt erhalten haben, in das B. G.-B. nicht mit übergegangen ist, weil nach den jetzigen Verhältnissen zu einer solchen Fürsorge für diese Personen, wie sie in dem, an die Stelle der gemeinrechtlichen stillschweigenden Hypothek getretenen gesetzlichen Rechtstitel zur Eintragung enthalten war, irgend ein ausreichender Grund nicht vorlag.

---

§ 398. Eine auf Bestellung einer Hypothek gerichtete Willenserklärung ist, wenn sie von dem Eigenthümer des Grundstücks ausgeht, ein Rechtsgrund zur Eintragung.

Die Willenserklärung, als Rechtsgrund zur Erwerbung einer Hypothek, kann auf Vertrag oder auf letztwilliger Verfügung beruhen; aber auch eine vor dem Grund- und Hypothekenrichter einseitig abgegebene Erklärung des Eigenthümers ist als ein Rechtsgrund zu betrachten, welcher diese Behörde zur Eintragung der Hypothek verpflichtet. Der Grund- und Hypothekenbehörde gegenüber muß die Willenserklärung stets als eine der Forderung und dem Grundstücke nach bestimmte gedacht werden, da nach dem Principe der Specialität die Eintragung selbst nur unter dieser Voraussetzung möglich ist und die Competenz jener Behörde sich nicht auf Erörterung und Entscheidung streitiger Rechts-

1. S. Annalen Bd. 7, S. 309. Hat der Eigenthümer das mit der Hypothek belastete Grundstück verkauft, und ist der Erwerber bereits als Eigenthümer in das Grundbuch eingetragen, so kann zwar der erstere die Löschung nicht mit der actio negatoria, wohl aber mit einer actio in rem wider den Hypothekarier und dessen Erben fordern. Man vgl. auch Annalen N. F. Bd. 1, S. 215.

2. Die Bestimmung des § 397 bezieht sich nach ihrer allgemeinen Fassung auch auf die §§ 394. 395 gedachten Fälle, doch dürfte sie in diesen wegen der vorhandenen Rechtskraft kaum je zur Anwendung kommen.

3. Vergl. Annalen N. F. Bd. 1, S. 150 folg.

geschäfte erstreckt. Zwischen den Betheiligten hat eine in dieser Beziehung vorhandene Unbestimmtheit nicht ohne Weiteres die Ungültigkeit des Vertrages oder die Unausführbarkeit der letztwilligen Verfügung zur Folge, sondern es kann im Rechtswege ausgeführt werden, nach welcher Summe und an welchem Grundstücke die Hypothek zu bestellen sei. (Vergl. § 403.)

---

§ 399. Wer unter einer auflösenden Bedingung als Eigenthümer in das Grundbuch eingetragen ist, kann das Grundstück nicht mit Hypotheken belasten.

Motive. Angehend diesen §, so würde aus der Vorschrift in § 115 des Entwurfs (§ 112 des B. G.-B.) in Verbindung mit § 302 des Entwurfs (§ 291 des B. G.-B.), wonach der Eintritt der Resolutivbedingungen nur ex nunc wirkt, folgen, daß von einem interimistischen Eigenthümer bestellte Hypotheken durch Aufhören des Eigenthumes nicht berührt werden, sondern fortbestehen. Auf der anderen Seite aber steht diese Folge mit dem Ingrossationssysteme nicht im Einklange, indem durch die aus dem Grundbuche hervorgehende Widerruflichkeit des Eigenthumes die Entstehung einer Hypothek, die mit der Erlöschung des Eigenthumes nicht ebenfalls erlöscht, ausgeschlossen wird. Man hätte daher der Hypothek in diesem Falle blos auf die Dauer des Eigenthumes des Bestellers Wirksamkeit beilegen können, was dahin geführt hätte, daß das durch dieselbe begründete Recht sich blos auf die Früchte des Grundstückes, mithin auf eine zeitweilige Sequestration hätte beschränken müssen. Um diese Singularität, für welche irgend ein praktisches Bedürfniß nicht vorliegt, zu vermeiden, hat man für angemessen gefunden, Demjenigen, welcher blos widerrufliches Eigenthum hat, das Recht, eine Hypothek zu bestellen, abzusprechen.

---

§ 400. Sind Beschränkungen des Eigenthümers hinsichtlich der freien Verfügung über das Grundstück in dem Grundbuche eingetragen, so kann derselbe nur mit Einwilligung der Betheiligten eine Hypothek bestellen.

Der § bezieht sich auf solche im Grundbuche eingetragene Dispositionsbeschränkungen, bei welchen es von dem Willen einer bestimmten Person, zu deren Gunsten die Beschränkung eingetragen worden ist, abhängt, ob die Hypothekenbestellung geschehen kann, also nicht auf den Fall, wenn dem Eigenthümer die hierzu erforderliche Dispositionsfreiheit überhaupt, z. B. durch ein allgemeines Veräußerungsverbot entzogen ist. Ueber die Wirkungen einer in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragenen Verwahrung vergl. man Annalen N. F. Bd. 1, S. 146 folg.

---

§ 401. Der Einwilligung eines Vor- oder Wiederkaufsberechtigten bedarf es nicht zur Bestellung einer Hypothek. Ist das Vor- oder Wiederkaufsrecht unter Angabe einer im Voraus bestimmten Vor- oder Wiederkaufssumme als Verfügungsbeschränkung in dem Grundbuche eingetragen, so hat die ohne seine Einwilligung bestellte Hypothek, soweit sie die gedachte Summe übersteigt, keine Wirkung gegen den Vor- oder Wiederkaufsberechtigten.

Motive. Dieser § stimmt mit dem § 33 des Gesetzes v. 6. Novbr. 1843 überein, doch ist darin der aus diesem letzteren Gesetze § 16 hervorgehenden Voraussetzung, daß das Vor- und Wiederkaufsrecht und die Summe, um welche es ausgeübt werden kann, in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen werden müsse, wenn es die angegebene Wirkung haben solle, noch besonders gedacht worden.

Zu diesem § sind die §§ 1126. 1137 des B. G.-B. und § 200 der Gerichtsordnung v. 9. Januar 1865 in Verbindung mit der Bekanntmachung des Justizministeriums v. 24. August 1860 (Gesetz- u. Verordn.-Bl. v. 1860 S. 161) zu vergleichen. Die vor der Bestellung eines der im zweiten Absatze des § 401 gedachten Vor- oder Wiederkaufsrechte und die nachher, aber mit Genehmigung des Vor- oder Wiederkaufsberechtigten, eingetragenen Hypotheken werden, falls bei bevorstehender Zwangsversteigerung das Vor- oder Wiederkaufsrecht ausgeübt und die Kaufsumme von der Grund- und Hypothekenbehörde vertheilt wird, nur in so weit, als die Gläubiger ihre Befriedigung aus der Kaufsumme erhalten, und auch in so weit nur auf Antrag des Vor- oder Wiederkaufsberechtigten, gelöscht, im übrigen bleiben sie bestehen. In Bezug auf die nach der Bestellung des Vor- oder Wiederkaufsrechtes ohne Genehmigung des Vor- oder Wiederkaufsberechtigten eingetragenen Hypotheken steht dem letzteren bei der Ausübung seines Rechtes im Falle der Zwangsversteigerung ein Anspruch auf Löschung auch rücksichtlich der durch die Kaufsumme nicht gedeckten Beträge zu. Wird ein Vor- oder Wiederkaufsrecht der hier fraglichen Art bei einer freiwilligen Veräußerung ausgeübt, so gewähren die Vorschriften des § dem Vor- oder Wiederkaufsberechtigten einen Rechtsgrund auf Löschung der nach der Bestellung seines Rechtes ohne seine Genehmigung eingetragenen Hypotheken in so weit, als deren Capitalbetrag die zum Voraus bestimmte Vor- oder Wiederkaufssumme übersteigt. Ist eine solche Kaufsumme nicht zum Voraus bestimmt, so hat das Vor- und Wiederkaufsrecht auf die Rechte der eingetragenen Hypothekengläubiger gar keinen Einfluß.

---

§ 402. Die Einwilligung Desjenigen, welchem der Nießbrauch an einem Grundstücke zusteht, wird zur Bestellung einer Hypothek an demselben nicht erfordert. Ist aber der Nießbrauch als Verfügungsbeschränkung in das Grundbuch eingetragen, so erstreckt sich die Hypothek, so lange dieser dauert, nicht auf die Früchte des Grundstücks.

Motive. In diesem § ist der § 34 des Gesetzes v. 6. November 1843 wiederholt; es bedurfte dieser Vorschrift, weil in § 410 des Entwurfs (§ 399 des B. G.-B.) dem Eigenthümer, der sub conditione resolutiva das Grundstück erworben, das Verpfändungsrecht im Ganzen abgesprochen worden ist.

Der erste Absatz des § bezieht sich auf jeden, also auch auf den gesetzlichen Nießbrauch; die im zweiten Satze enthaltene Vorschrift dagegen betrifft, wie der correspondirende § 34 des Gesetzes v. 6. November 1843, nur den auf Privatrechtstitel beruhenden Nießbrauch, weil nur dieser als Verfügungsbeschränkung in das Grundbuch eingetragen wird [1].

---

§ 403. In Folge einer Willenserklärung kann nur dann eine Eintragung geschehen, wenn das zu verpfändende Grundstück durch die Willenserklärung ausdrücklich bestimmt ist. Fehlt es an einer solchen Bestimmung, so bleibt den Be-

1. In Betreff des gesetzlichen Nießbrauchs vergl. man die Bemerkungen zu § 660.

theiligten überlassen, zuvörderst Gewißheit über das Grundstück auf dem Rechtswege oder auf andere Weise herbeizuführen.

Motive. Nach dem zweiten Satze des § gestaltet sich das Verhältniß so: es kann ein generelles Versprechen der Sicherung durch Hypothek, unter den sonstigen Voraussetzungen, zwischen den Interessenten von Wirkung sein und vor der Justizbehörde (im Gegensatze zur Hypothekenbehörde) zur Geltung gebracht werden, auch wenn das Object dabei völlig unbestimmt gelassen worden ist.

Wie in den Motiven und zu § 398 bemerkt worden, ist das Verhältniß der Betheiligten der Grund- und Hypothekenbehörde und der Justizbehörde gegenüber zu unterscheiden. Die Grund- und Hypothekenbehörde kann den bei ihr nachgesuchten Eintrag einer auf Willenserklärung beruhenden Hypothek nur in dem Falle vornehmen, wenn der Rechtsgrund zur Eintragung nachgewiesen und dabei das Grundstück, auf welches die Forderung eingetragen werden soll, und die Forderung selbst, ihrem Betrage nach, bestimmt bezeichnet worden ist. Dagegen kann vor der Justizbehörde auch ein dem Objecte oder der Forderung nach unbestimmtes Versprechen hypothekarischer Sicherstellung unter sonst geeigneten Umständen klagbar gemacht, und in Folge dessen eine die Forderung und das Pfandobject bestimmende[1] Entscheidung erlangt werden.

III. Vormerkung.

§ 404. Ist eine Forderung und der Rechtsgrund zur Eintragung durch unverdächtige öffentliche oder Privaturkunden bescheinigt, die Eintragung aber wegen eines das Wesen der Forderung und des Rechtsgrundes nicht betreffenden Mangels oder Hindernisses auszusetzen, so kann die Forderung in dem Hypothekenbuche vorgemerkt werden. Der Antrag auf Eintragung der Forderung gilt für den vorgedachten Fall zugleich als Antrag auf Vormerkung.

Motive. Dieser § enthält im Wesentlichen die Bestimmungen des Gesetzes v. 6. Novbr. 1843 über die sog. Vormerkung, mit einigen Modificationen, welche in dem Zwecke dieses Institutes, die Stelle für die künftig einzutragende Hypothek zu sichern, liegen und das Institut selbst fortzubilden bestimmt sind. Diese Modificationen sind, daß

a) das Wesen der Vormerkung, als auf Salvirung des Ortes einer späteren Eintragung gerichtet, von dem Wesen der gegen fernere Eintragung gerichteten Protestation geschieden worden ist,

b) die Vormerkung auch auf Grund „unverdächtiger Privaturkunden" stattfinden kann,

c) der Antrag auf Eintragung der Hypothek den Antrag der Vormerkung, als des minus, involvirt, also in dieser Hinsicht eine Ausnahme von der Regel, daß die Hypothekenbehörde, als solche, nie unaufgefordert, sondern nur auf

---

1. Daß diese Entscheidung, welcher eine vollständige Erörterung des streitigen Rechtsgeschäftes vorausgehen muß, in einer Weise ausfallen könnte, daß die Bestimmung des § 397 Anwendung finden könnte, ist kaum anzunehmen.

Antrag der Betheiligten oder auf Requisition einer Behörde zu handeln hat, eintritt,

d) im § 418 des Entwurfs (§ 407 des B. G.-B.) ein Mittel gewährt worden ist, durch welches, ohne Provocationsklage, zu Löschung der Vormerkung gelangt werden kann.

Als Mängel und Hindernisse, welche das Wesen der Forderung und des Rechtsgrundes nicht betreffen, lassen sich nur solche betrachten, welche weder die Gültigkeit oder den Betrag der Forderung, noch das Dasein des Rechtsgrundes in Frage stellen, sondern in äußeren Verhältnissen liegen, und deren Beseitigung — in vielen Fällen ohne wesentlichen Zeitverlust — vorausgesetzt werden kann, wenn bereits für die Forderung selbst und den Rechtsgrund zur Eintragung ein gewisser Nachweis vorliegt. Als Beispiele unwesentlicher Mängel oder Hindernisse sind anzuführen: Mangel der gerichtlichen Recognition einer unverdächtigen d. h. formell beweisfähigen Privaturkunde; formelle Mängel bei der Beglaubigung einer öffentlichen Urkunde; Protestation einer dritten Person gegen die Verpfändung des betreffenden Grundstücks, nach Befinden auch Widerspruch des Schuldners gegen die Eintragung der in Frage stehenden Forderung[1]. Unbestimmtheit der Summe, wegen deren das Grundstück haften, oder des Grundstückes, auf welches die Forderung eingetragen werden soll, sind auch bei der Vormerkung, ihrem Zwecke und ihren Folgen nach, nicht als unwesentliche Mängel anzusehen; ebenso kann eine Vormerkung nicht eingetragen werden, wenn der Pfandbesteller noch nicht Eigenthümer des Grundstückes, oder noch nicht Erbe des bisherigen Eigenthümers ist. Da die Vormerkung ihrem Wesen nach nur den Zweck hat, dem vorgemerkten Gläubiger den Rang und den Eintrag seiner Forderung zu sichern, so ist von derselben kein Gebrauch zu machen, wenn die definitive Eintragung durch Mängel oder Hindernisse der obgedachten Art nicht beanstandet wird. Deshalb ist auch bei Hypotheken, welche auf den in §§ 390—395 erwähnten gesetzlichen Rechtsgründen beruhen, eine Vormerkung in der Regel nicht an ihrer Stelle, da bei diesen der Eintrag durch keinen Widerspruch des Eigenthümers oder dritter Personen gehindert werden kann, und die zu einer Vormerkung dienenden Unterlagen auch zur definitiven Eintragung ausreichen würden. Indessen mag auch hier die Zulässigkeit einer Vormerkung nicht schlechthin verneint werden, weil doch wenigstens denkbar ist, daß unwesentliche Mängel oder Hindernisse die Eintragung einer auf gesetzlichem Rechtsgrunde beruhenden Hypothek selbst aufhalten.

---

§ 405. Die Vormerkung sichert der künftig einzutragenden Forderung ihre Stelle in der Reihenfolge der Hypotheken.

Die Bestimmung dieses § entspricht dem eben bemerkten Zwecke des Instituts.

---

1. Die (eingetragene) Protestation eines Dritten gegen Veräußerung und Verpfändung des Grundstücks hindert die Vormerkung nicht, sondern nur die definitive Eintragung. Ein Widerspruch des Schuldners selbst aber kann zu einer Vormerkung Anlaß geben, wenn die vom Gläubiger beigebrachten Urkunden an sich den Vorschriften der Hypothekenordnung über die zur Eintragung einer auf Privatwillen beruhenden Hypothek für die Grund- und Hypothekenbehörden erforderlichen Unterlagen vollkommen entsprechen, weil selbst in diesem Falle der Widerspruch des Schuldners eine Verweisung der Betheiligten zur Ausführung im Rechtswege zur Folge hat, inmittelst aber dem Gläubiger eine Sicherstellung durch conservatorische Einträge nicht versagt werden darf. Vergl. auch § 130 des Gesetzes vom 6. Novbr. 1843 und § 89 der Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865.

§ 406. Die Wirkung einer Vormerkung geht auf den später eingetragenen Eigenthümer des Grundstücks, welcher dasselbe auf andere Weise, als durch Zwangsversteigerung, erworben hat, über; er muß sich nach erfolgter Beseitigung des entgegenstehenden Mangels oder Hindernisses die Eintragung der vorgemerkten Forderung gefallen lassen.

Die in diesem § enthaltene Vorschrift stimmt mit der des Gesetzes vom 6. Novbr. 1843. §§ 51. 88 der Sache nach überein, ist aber präciser und vollständiger wiedergegeben worden[1]. Durch die einem dritten Eigenthümer gegenüber erfolgte definitive Eintragung geht aber selbstverständlich die persönliche Schuldverbindlichkeit des Pfandbestellers auf den ersteren nicht über, sondern er haftet für dieselbe nur als Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks.

---

§ 407. Der Eigenthümer des Grundstücks und jeder nachfolgeude hypothekarische Gläubiger können verlangen, daß Demjenigen, welcher die Vormerkung veranlaßt hat, die Beseitigung des der Eintragung entgegenstehenden Mangels oder Hindernisses innerhalb einer angemessenen Frist unter der Verwarnung aufgegeben werde, daß außerdem die Vormerkung gelöscht werden solle.

Hier ist auf die Motive zu § 404 folg. sub d) zu verweisen, und nur noch zu bemerken, daß es für den Fortbestand der Vormerkung auch genügen wird, wenn der Gläubiger innerhalb der ihm gesetzten Frist die zur Beseitigung der Mängel ꝛc. erforderlichen Schritte gethan, z. B. eine Klage an- und fortgestellt hat. Uebrigens vergleiche man zu diesem Abschnitte noch Annalen N. F. Bd. 1, S. 146 u. 456 folg.

IV. Wegfall des Rechtsgrundes.

§ 408. Wenn in Folge eines Concurses oder aus einem anderen Grunde ein allgemeines Veräußerungsverbot in das Grundbuch eingetragen worden ist, so kann irgend ein Rechtsgrund zur Erwerbung einer Hypothek nicht weiter geltend gemacht werden, und zwar selbst dann nicht, wenn deshalb früher eine Vormerkung geschehen ist.

Motive. Zu diesem §, welcher dem § 150 des Gesetzes v. 6. November 1843 entspricht, ist blos zu erwähnen, daß man die Insolvenzanzeige des Schuldners nicht berücksichtigt hat, weil diese, sofern nicht das Gericht darauf die Concurseröffnung decretirt, nicht geeignet ist, den Gläubiger um die Hypothek zu bringen und daß der Veräußerungsverbote nicht nochmals gedacht wird, weil dieselben bereits oben behandelt worden sind.

Als der entscheidende Zeitpunkt, bis zu welchem ein Rechtsgrund, mag es ein gesetzlicher oder ein auf Willenserklärung beruhender sein, geltend gemacht, d. h. die Eintragung oder Vormerkung der Hypothek verlangt und verfügt werden kann, ist hier die Eintragung

---

1. Vergl. Siegmann a. a. O. S. 160.

der Concurseröffnung beziehendlich des allgemeinen Veräußerungsverbotes anzusehen. Eine nach Eröffnung des Concurses oder Erlaß des allgemeinen Veräußerungsverbotes, aber vor dessen Verlautbarung im Grund- und Hypothekenbuche eingetragene Hypothek würde nur dann angefochten werden können, wenn sich der Gläubiger im unredlichen Glauben befunden hätte. Wird das eingetragene Veräußerungsverbot, bevor es zur Zwangsversteigerung kommt, wieder gelöscht und erlangt dadurch der Eigenthümer wieder die freie Verfügung über sein Grundstück, so tritt der vor dessen Eintragung bereits erworbene Rechtsgrund und also auch eine früher bereits eingetragene Vormerkung wieder in volle Wirksamkeit. Denn der Erlaß und die Eintragung des allgemeinen Veräußerungsverbotes heben einen bestehenden Rechtsgrund nicht unbedingt auf, sondern hindern nur dessen Geltendmachung zum Behufe der Erwerbung der Hypothek, so lange jenes Verbot nicht zurückgenommen und im Grundbuche gelöscht worden ist.

---

§ 409. Die Eintragung einer nicht vorgemerkten Forderung oder die Vormerkung einer Forderung aus einem dem früheren Eigenthümer gegenüber erlangten Rechtsgrunde kann nicht erfolgen, wenn ein neuer Eigenthümer in das Grundbuch eingetragen worden ist.

Die Bestimmung dieses § ist auf die Singularsuccession zu beziehen. Denn der Erbe des vorigen Eigenthümers würde den seinem Erblasser gegenüber erworbenen Rechtsgrund anzuerkennen haben, und es würde nach Maßgabe der Bestimmung im § 2246 selbst die Eintragung der Hypothek erfolgen können, bevor noch der Erbe als Eigenthümer eingetragen worden ist[1]. In Bezug auf den Singularsuccessor entspricht sie dem Grundsatze, daß dieser an die persönlichen Verpflichtungen seines Vorgängers nicht gebunden ist, und der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher.

V. Umfang der Hypothek nach dem Gegenstande.

§ 410. Die Hypothek erstreckt sich auf das verpfändete Grundstück, dessen Zubehörungen, auch die erst nach der Verpfändung hinzugekommenen, und auf den Zuwachs. Der Eigenthümer hat den hypothekarischen Gläubigern gegenüber keinen Anspruch auf Erstattung der auf das Grundstück gemachten Verwendungen.

Motive. Obschon der Schlußsatz dieses §, da die Verbesserungen des verpfändeten Grundstückes entweder Zubehörungen oder Zuwachs sein werden, als selbstverständlich betrachtet werden könnte, so hat man denselben dennoch aufgenommen, um jeden Zweifel darüber, daß der spätere Erwerber des Grundstückes, nachdem dessen Haftung für die Hypothek erloschen ist, wider die Hypothekarier nicht etwa eine Klage auf Erstattung der auf das Grundstück gemachten Verwendungen hat, auszuschließen. Dagegen hielt man nicht für nöthig, zu erwähnen, daß, wenn ein zur Zeit der Verpfändung vom Eigenthume getrennt gewesener Nießbrauch während der Dauer des Pfandnexus mit dem Grundstücke consolidirt wird, die Hypothek sich auch auf den mit dem Eigenthume verbundenen Nießbrauch bezieht. Rücksichtlich der Ablösungsgelder und der Brandschädenvergütungen hat es bei unserem bisherigen Rechte sein Bewenden.

---

1. Vergl. die Bemerkungen zu § 277.

Die Bestimmungen dieses § über die Zubehörungen beziehen sich insbesondere auch auf die beweglichen Zubehörungen des verpfändeten Grundstücks. Ueber den Begriff der letzteren im Gegensatze zu den Bestandtheilen der Sache vergl. man § 65 und die Bemerkungen dazu S. 108. Zum Zuwachs des Grundstücks gehören auch die §§ 281 und 284 folg. erwähnten Accessionen. Nach § 410 hat also namentlich weder der Hypothekenbesteller selbst, noch ein späterer Erwerber des verpfändeten Grundstücks einen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen, welche auf Errichtung eines diesem Grundstücke zugewachsenen Gebäudes gemacht worden sind. Da sich ferner die Hypothek ipso jure auf die später errichteten Gebäude mit erstreckt, so kann auch einem Dritten, dessen bewegliche Sachen zu einem solchen Gebäude verwendet worden sind, ein Anspruch auf Ersatz gegen den Hypothekengläubiger, der übrigens nach § 424 nicht einmal Besitzer des Pfandgrundstücks wird, nicht zugestanden werden.

---

§ 411. Die Hypothek auf einem zum Betriebe eines Gewerbes eingerichteten Grundstücke erstreckt sich nur auf die Zubehörungen, welche mit dem Grundstücke so verbunden sind, daß die Verbindung ohne Verletzung des Bindemittels, des Grundstücks oder der Zubehörung nicht aufgehoben werden kann, überdieß bei Gewerben, welche eine bewegende Kraft benutzen, auf die zu deren Erzeugung und Uebertragung dienenden Vorrichtungen, und bei Mahl- und Schneidemühlen, bei Stampf-, Poch-, Walz- und Walkwerken jeder Art überdieß auf die zur Erreichung des Zweckes selbst dienenden Vorrichtungen, soweit sie mit der Mühle oder dem Werke in irgend einer Verbindung stehen.

Zu diesem und dem nächstfolgenden § ist auf die Bemerkungen zu §§ 69 und 70 zu verweisen. Daß in Bezug auf den Umfang der Hypothek an den beweglichen Zubehörungen eines Grundstücks andere Grundsätze gelten können und gelten müssen, als bei den in dem eben citirten § vorausgesetzten Rechtsgeschäften, ergiebt schon die Erwägung, daß bewegliche Sachen, obgleich sie Zubehörungen eines Grundstücks sein können, doch ihre Eigenschaft als bewegliche Sachen nicht verlieren und auf diese das Ingrossationssystem nicht paßt. Daraus erklärt es sich auch, daß man in §§ 411. 412 bei gewerblichen und landwirthschaftlichen Grundstücken die Grenze der Zubehörigkeit etwas enger als bei dem, für bewegliche Zubehörungen, welche nicht zum Betriebe eines Gewerbes oder der Landwirthschaft dienen, auch für die Wirksamkeit der Hypothek geltenden, allgemeinen Principe des § 65 gezogen und, in so weit es sich nicht um Vorrichtungen der im zweiten Absatze des § 411 gedachten Gattung handelt, eine mechanische Verbindung, welche ohne Verletzung des Grundstücks, der Zubehörung oder des Bindemittels nicht aufgehoben werden kann, vorausgesetzt hat. Zur Erläuterung der §§ 411. 412 mag noch Folgendes gesagt werden. Die mit einem Grundstücke in Verbindung gebrachten beweglichen Sachen müssen, wenn sie von der Hypothek mit ergriffen werden sollen, in allen Fällen die allgemeine Eigenschaft einer Zubehörung haben, sie müssen also zum fortdauernden Gebrauche bei dem Grundstücke geeignet und bestimmt sein, sie müssen dem sachlichen Zwecke des Grundstücks und nicht blos den persönlichen Neigungen oder Bedürfnissen des jeweiligen Eigenthümers dienen. Bei den zum Betriebe eines Gewerbes oder der Landwirthschaft eingerichteten Grundstücken wird, mit Rücksicht darauf, daß die hierzu bestimmten Mobilien sehr oft in jedem anderen Locale eben so gut benutzt werden könnten, neben der allgemeinen Beschaffenheit und Zweckbestimmung, auch die schon erwähnte Cohärenz und mechanische

Verbindung erfordert. Bei den im zweiten Absatze des § 411 speciell bezeichneten Grundstücken ist diese Cohärenz nicht unbedingt erforderlich, es tritt vielmehr bei ihnen die sachliche Bestimmung und das Verhältniß, in welchem die bewegliche Sache zu der Gattung und Gebrauchsbestimmung des Grundstücks steht, in den Vordergrund. Zu den Gewerben, welche eine „bewegende Kraft" benutzen, gehören natürlich auch diejenigen, zu deren Betriebe man sich der Dampfkraft bedient. Die sich hieran knüpfende, in der Praxis häufig vorkommende Frage über die Zubehörigkeit der in einem Grundstücke aufgestellten Dampfmaschinen ist ganz nach den im § gegebenen Regeln, unter Berücksichtigung der Verhältnisse im concreten Falle, zu entscheiden, vor Allem also zu untersuchen, ob die Maschine in ihrer Construction und gegenüber der Anlage und Beschaffenheit des Grundstücks und des Gebäudes, worin sie sich befindet, eine solche ist, welche zum fortdauernden Gebrauche des Immobile dienen soll, auf dasselbe berechnet ist und dem Immobile auf diese Weise eine besondere sachliche Eigenschaft verleiht. Man vergl. in den Annalen N. F. Bd. 2, S. 518. Bd. 3, S. 531.

---

§ 412. Die Hypothek auf einem zum Betriebe der Landwirthschaft eingerichteten Grundstücke erstreckt sich nur auf die Zubehörungen, welche mit dem Grund und Boden oder mit einem Gebäude so verbunden sind, daß die Verbindung ohne Verletzung des Bindemittels, des Gebäudes oder der Zubehörung nicht aufgehoben werden kann und überdieß auf den auf dem Grundstücke erzeugten Dünger.

Motive. Aus der Fassung dieses § geht hervor, daß die Hypothek sich auf das landwirthschaftliche Inventar nicht erstreckt. Hierin liegt kein Widerspruch mit dem § 72 des Entwurfs (§ 70 des B. G.-B.), indem dort dem Inventar die Eigenschaft einer Zubehörung nicht im Allgemeinen, sondern nur in einem bestimmten Falle beigelegt worden ist. Die Frage, ob die Hypothek auch auf das Inventar zu erstrecken sei, ist bereits bei Berathung des § 64 des Gesetzes v. 6. November 1843 (Landt.-Act. 1843, Abth. I, Bd. 2, S. 20 folg.) ausführlich besprochen worden. Man hat sich gegenwärtig für die verneinende Ansicht erklärt, weil das Inventar in jedem Falle eine res mobilis ist und das Ingrossationssystem auf dasselbe nicht paßt, auch, da der Hypothekengläubiger gegen den Verkauf des Inventars in so weit, als darin eine Verschlechterung des verpfändeten Grundstücks liegt, schon ohnedem ein Widerspruchsrecht hat, zu einer singulären Ausnahmebestimmung kein ausreichender Grund vorliegt. Diese Rücksichten fand man auch bei der Frage, ob es statthaft sei, das Inventar freiwillig mit dem Grundstücke dergestalt zu verpfänden, daß es mit der Hypothek eingetragen wird, entscheidend, indem das Inventar keinen selbständigen Gegenstand der Eintragung bildet, und es daher auch nicht der Willkür der Interessenten anheim gegeben sein kann, dasselbe beliebig als einen solchen zu betrachten, selbst abgesehen von den unübersehbaren Verwirrungen, welche dann entstehen müßten, wenn der Grundeigenthümer bei wiederholter Verpfändung seines Grundstücks dasselbe Einigen mit, Anderen ohne Inventar verpfändete.

Daß die Hypothek sich auch auf den auf dem Grundstücke erzeugten Dünger erstrecke, hat man angenommen, weil der natürliche Dünger als Theil des Grund und Bodens, gewissermaßen als ein transportabler Grund und Boden zu betrachten ist.

---

§ 413. Auf bewegliche Sachen, welche mit einem Grundstücke als Bestandtheile oder Zubehörungen verbunden waren und veräußert worden sind, haben die hypothekarischen Gläubiger gegen den dritten redlichen Besitzer keinen Anspruch.

Nach dem § ist anzunehmen, daß bewegliche Sachen nicht schon durch die Aufhebung des Verbandes oder des Verhältnisses, wodurch ihre Pertinenzeigenschaft hergestellt worden ist, sondern erst durch ihre Veräußerung an Dritte der Hypothek entzogen werden. Als der maßgebende Zeitpunkt ist die Zwangsversteigerung des verpfändeten Grundstücks zu betrachten, bei welcher die noch vorhandenen, an sich der Hypothek unterliegenden Zubehörungen zur Befriedigung des Hypothekengläubigers unter einem Ausgebote mit dem Grundstücke selbst zu versteigern sind. Der Hypothekengläubiger hat das Recht, seine Entschädigungsansprüche gegen Denjenigen, welcher bis dahin eine Veräußerung zu seinem Nachtheil vorgenommen hat, geltend zu machen, er kann sich auch gegen eine, seine hypothekarische Sicherheit gefährdende, Veräußerung der beweglichen Zubehörungen durch allgemeine Sicherheitsmaßregeln thunlichst zu schützen suchen. Ein vermittelst der Pfandklage gegen den dritten Besitzer verfolgbares Realrecht an der veräußerten Mobilie steht ihm aber nicht, sondern lediglich eine auf den dolus eines unredlichen Erwerbers zu gründende Entschädigungsklage zu.

---

§ 414. Natürliche Früchte des verpfändeten Grundstücks werden durch die Hypothek ergriffen, sofern sie zur Zeit der auf Antrag eines hypothekarischen Gläubigers angelegten Sequestration oder erfolgten Zwangsversteigerung des Grundstücks oder der Eröffnung des Concurses zum Vermögen des Eigenthümers nicht erhoben sind.

Motive. Dieser und der folgende § wiederholen die Vorschrift des § 52 des Gesetzes v. 6. November 1843. Beizufügen ist dem die Bemerkung, daß der hypothekarische Gläubiger in Bezug auf die bürgerlichen Früchte des verpfändeten Grundstückes als Cessionar des Eigenthümers des letzteren zu betrachten und in dieser Eigenschaft berechtigt ist, gegen den Schuldner des letzteren (den Pachter oder Miether u. s. w.) seinen Anspruch geltend zu machen, worüber auch das Executionsgesetz v. 28. Februar 1838, § 57 folg., Vorschriften enthält.

Der § 414 stimmt mit der die natürlichen Früchte betreffenden Vorschrift des § 52 des Gesetzes v. 6. November 1843 völlig überein. Die Sequestration darf nicht blos als provisorische Sicherheitsmaßregel gegen die Devastation des Grundstücks, sondern sie muß, in Gemäßheit der Vorschriften in § 424, zur Befriedigung des Hypothekengläubigers aus dem sequestrirten Grundstücke angelegt worden sein. Außerhalb des Concurses sind die während der Sequestration erhobenen Früchte zur Befriedigung desjenigen Hypothekengläubigers zu verwenden, welcher die Sequestration in ebenbemerkter Weise ausgebracht hat, vorbehältlich der Bestimmung in § 436. Ist die Sequestration infolge der Concurseröffnung verfügt worden, so gehört der Erlös der erhobenen Früchte zu der Pfandmasse im Ganzen[1].

---

§ 415. Bürgerliche Früchte, welche an die Stelle natürlicher Früchte treten, ergreift die Hypothek, soweit dieselben auf die Zeit nach Anlegung der Sequestration

1. Vergl. Annalen N. F. Bd. 3, S. 169 folg.

oder nach Eröffnung des Concurses in Gemäßheit des § 76 zu vertheilen sind. Andere bürgerliche Früchte dienen zur Befriedigung der hypothekarischen Gläubiger, wenn sie nach den gedachten beiden Zeitpunkten fällig werden.

Durch die bestimmtere Fassung des § sind die Zweifel, zu welcher die Vorschrift des Gesetzes v. 6. Nov. 1843 bezüglich der bürgerlichen Früchte Anlaß gegeben hat[1], entschieden worden. Hervorzuheben ist, daß nach dem § 415 a) die bürgerlichen Früchte von der Hypothek überhaupt nur in den Fällen der Concurseröffnung zum Vermögen des Hypothekenschuldners und der auf Antrag eines Hypothekengläubigers angelegten Sequestration, also nicht bei einer außerhalb dieses Concurses und ohne eine solche Sequestration erfolgten Zwangsversteigerung von der Hypothek ergriffen werden, und b) bürgerliche Früchte, welche an die Stelle natürlicher, einem Andern überlassener Früchte treten, wie Pacht- und Miethzinsen, nach § 76 des B. G.-B. sich so vertheilen, daß die auf den Zeitabschnitt nach Anlegung der Sequestration oder Eröffnung des Concurses ausfallende Rate zur Befriedigung der Hypothekengläubiger zu verwenden ist. Zu den im Schlußsatze gedachten bürgerlichen Früchten, bei welchen der Fälligkeitstermin entscheidet, gehören namentlich baare Geldgefälle und Zinsen, welche nicht für die Benutzung des Grundstücks gegeben werden, sondern auf einer mit dem Grundstücke verbundenen Zinsberechtigung beruhen.

Uebrigens bezieht sich der § nur auf das Verhältniß, welches in Ansehung der bürgerlichen Früchte zwischen dem Hypothekengläubiger auf der einen und dem Hypothekenschuldner oder den chirographarischen Gläubigern auf der anderen Seite stattfindet. Die Frage, wie sich bei Anlegung der Sequestration oder Eröffnung des formellen Concurses die bisherigen Pacht- und Miethverhältnisse gestalten, und von welchem Zeitpunkte an bei später eingetretener Zwangsversteigerung der Ersteher die Früchte des Grundstücks zu beanspruchen hat, ist nach den Grundsätzen des Obligationen- und Concursrechtes zu beurtheilen[2].

VI. Umfang der Hypothek in Ansehung der Forderung.

§ 416. Die Hypothek erstreckt sich auf die eingetragene Forderung, auf die gesetzlichen Zinsen und auf die Verzugszinsen, auf versprochene Zinsen aber nur dann, wenn das Zinsversprechen und der Zinsfuß in das Hypothekenbuch eingetragen sind.

Der § entspricht den Bestimmungen des Gesetzes v. 6. November 1843. § 67, vervollständigt aber denselben durch ausdrückliche Erwähnung der gesetzlichen Zinsen, wozu nach § 763 auch die usurae judicati gehören.

Das Zinsversprechen und der Zinsfuß müssen bei versprochenen Zinsen eingetragen sein; wird nach der Eintragung der Hauptforderung nebst Zinsversprechen und Zinsfuß, dieser erhöht, oder ist von Anfang an bestimmt worden, daß der Zinsfuß unter gewissen Voraussetzungen steigen soll, so muß ersteren Falles die Zinserhöhung besonders eingetragen, letzterenfalls, wenn sich die Hypothek darauf mit erstrecken soll, auch die eventuelle Zinssteigerung beim Eintrage des Zinsversprechens mit ausgedrückt werden.

---

1. Heyne, Commentar, Bd. 1, S. 248 folg. 255; Siegmann, a. a. O. S. 165 folg.

2. Ueber die Collision der Hypothek mit dem Rechte eines Usufructuar und den Ansprüchen der chirographarischen Gläubiger, für welche die Hülfe in die Früchte des verpfändeten Grundstücks vollstreckt worden ist, vergl. Annalen N. F. Bd. 3, S. 173.

§ 417. Im Concurse, ingleichen bei Unzulänglichkeit des Grundstücks zu Befriedigung aller darauf eingetragenen Forderungen außerhalb des Concurses, erstreckt sich die Hypothek wegen der wiederkehrenden Leistungen und der Zinsen jeder Art nur auf die Rückstände der drei letzten Jahre von Eröffnung des Concurses, oder der außerhalb des Concurses bewirkten Zwangsversteigerung, oder, dafern der Gläubiger die Klage bei Gericht angebracht und den Rechtsstreit nicht über drei Monate liegen gelassen hatte, von Anbringung der Klage an zurückgerechnet.

Motive. Durch die Worte: „auf die Rückstände der drei letzten Jahre" wird angedeutet, daß der Gläubiger auf denjenigen Zinsbetrag ein prioritätisches Recht hat, welcher im Laufe dreier Kalenderjahre erwachsen ist, ohne Unterschied, ob der gerade in Rede stehende Zeitpunkt einem der stipulirten Zinstermine entspricht oder nicht.

In § 21. n. 3. 4 des Gesetzes vom 30. Juni 1868, eine Beschränkung der Wirksamkeit der von Ehegatten vorgenommenen Veräußerungen u. s. w. betreffend (Gesetz- u. V.-Bl. v. J. 1868, S. 442), welches auch einige Bestimmungen über die Zwangsversteigerung und die Vertheilung der Erstehungsgelder außerhalb des Concurses enthält, ist anstatt der Worte in § 417 „oder, dafern der Gläubiger die Klage bei Gericht angebracht ꝛc." folgender Satz substituirt worden: „wenn der Berechtigte Klage erhoben und der Rechtsstreit nicht über drei Monate liegen gelassen hatte, von der Anbringung der Klage, oder wenn im Executionsprocesse nach § 86 folg. des Gesetzes, das Verfahren bei Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen ꝛc. betr., vom 28. Februar 1838 eine noch in Kraft bestehende Auflage, oder im Mahnverfahren ein noch in Kraft bestehendes Zahlungsgebot erlassen worden war, von dem Antrage auf Erlassung der Auflage oder des Zahlungsgebots zurückgerechnet." Da die Worte „eine Klage anbringen" im § 417 des B. G.-B. nicht auf die Anstellung förmlicher Klagen zu beschränken waren, so enthält die obige Disposition des Gesetzes vom 30. Juni 1868 in so fern etwas Neues, als darin nur bei der Anbringung einer Klage erfordert wird, daß der Rechtsstreit nicht über drei Monate liegen geblieben sei. Ein Zahlungsgebot im Mahnverfahren verliert allerdings nach § 34 des Gesetzes, die Abkürzung und Vereinfachung des bürgerl. Proceßverfahrens betr. vom 30. December 1861 seine Kraft, wenn der Gläubiger nicht innerhalb dreier Monate von Ablauf der in demselben gesetzten Zahlungsfrist an gerechnet, auf das Vollstreckungsverfahren anträgt; allein das Executionsgesetz vom 28. Februar 1838 enthält eine ähnliche Bestimmung über den Fortbestand einer im Executionsprocesse vorschriftsmäßig erlassenen Zahlungsauflage nicht; diese besteht also in Kraft, bis sie vom Proceßrichter zurückgenommen oder durch Resolution, bez. richterliche Entscheidung außer Kraft gesetzt worden ist. Uebrigens vergl. man hierbei noch § 25 des Gesetzes vom 30. Juni 1868 und Annalen N. F. Bd. 4, S. 501 folg.

Das Gesetz vom 8. Juli 1868, einige Bestimmungen über den Concurs der Gläubiger betr. (Ges.- u. V.-Bl. v. 1868, S. 463) ordnet zwar in §§ 1. 3 an, daß im Concurse Gläubiger, welche aus einem dinglichen Rechte auf Befriedigung aus bestimmten unbeweglichen Sachen Anspruch haben, aus denselben, abgesondert von anderen Gläubigern, befriedigt werden sollen, enthält aber sonst keine, für den Einfluß der Concurseröffnung auf das Dispositionsbefugniß des Gemeinschuldners und die Rechte der Hypothekengläubiger maßgebenden und die Vorschriften des B. G.-B. modificirenden Bestimmungen.

§ 418. Ist eine Hypothek wegen der Kosten bestellt, so sind unter diesen die Kosten der Kündigung und der Einklagung der Forderung bis zum Antrage auf Zwangsversteigerung, sowie die Sequestrationskosten zu verstehen, welche nicht durch den Sequestrationsertrag gedeckt werden. Sind Kosten neben der Hauptforderung ohne eine bestimmte Summe eingetragen, so gilt die Hypothek im Concurse, sowie bei Unzulänglichkeit des Grundstücks zu Befriedigung aller darauf eingetragenen Gläubiger außerhalb des Concurses, bis zum Betrage von fünfzig Thalern. Die Kosten der Zwangsversteigerung sind vom Erlöse des verpfändeten Grundstücks im Voraus wegzunehmen.

Motive. Angehend diesen §, so ist darauf aufmerksam zu machen, daß erstens die Summe von 50 Thalern, ohne Unterschied zwischen causa major oder minuta, diejenige ist, für welche die Vermuthung spricht, wenn eine Hypothek wegen der Kosten ohne Angabe der Höhe der letzteren bestellt worden ist, zweitens die Bedeutung des Wortes „Proceßkosten" zu Beseitigung der darüber herrschenden Meinungsverschiedenheit näher festgestellt wird, endlich drittens den Subhastationskosten die Rechte eines dem Interesse sämmtlicher Gläubiger dienenden Aufwandes zukommen.

Zu den §§ 416—418 ist noch die Bemerkung zu machen, daß nach § 394 ein Gläubiger, dessen Forderung bis zur Hülfsvollstreckung gediehen ist, einen gesetzlichen Rechtsgrund zur Eintragung dieser Forderung auf die Immobilien des Schuldners hat, „soweit erstere nicht schon durch eine Hypothek (an diesen Grundstücken) gesichert ist". Obschon also die nochmalige, für den Gläubiger ohnedieß nutzlose, Eintragung einer auf demselben Folium bereits eingetragenen und den Schuldbetrag vollkommen deckenden Hypothek unstatthaft und auch zur Begründung des Antrags auf Zwangsversteigerung nicht erforderlich ist, so ist doch jener gesetzliche Rechtsgrund des Gläubigers auch bei einer mit Hypothek versehenen Forderung alsdann von praktischer Bedeutung und Anwendbarkeit, wenn entweder der Schuldner mehrere Grundstücke besitzt und die Forderung noch nicht auf sämmtlichen haftet oder wenn mit Rücksicht auf die Vorschriften in §§ 416—418 zu befürchten ist, daß die Zins- und Kostenrückstände durch die bereits bestehende Hypothek nicht völlig gedeckt werden[1].

VII. Rechtsverhältnisse bei Abtrennung und Hinzuschlagung von Grundstücken.

§ 419. Zu Grundstücksabtrennungen, ingleichen zur Veräußerung mit dem verpfändeten Grundstücke verbundener Berechtigungen, welche in das Grundbuch eingetragen sind, bedarf der Eigenthümer der Einwilligung der hypothekarischen Gläubiger; dieselbe kann aber durch die zuständige Behörde ergänzt werden, wenn

1. Solchenfalls sind jedoch nur die quantificirten Zins- und Kostenreste einzutragen; vergl. § 16 der zum Hypothekengesetze gehörigen Ausführungsverordnung v. 15. Febr. 1844. Ueber die Frage, wie die Kostenforderungen anzusetzen sind, wenn eine Forderung antheilig auf mehrere Personen übergegangen ist, und wenn mehrere Grundstücke für die Hauptforderung und die Kosten haften, vergl. Annalen N. F. Bd. 3, S. 165 folg.

wegen verhältnißmäßiger Geringfügigkeit der Forderung oder des abzutrennenden Gegenstandes kein Nachtheil für die hypothekarischen Gläubiger zu befürchten ist.

Motive. Hier sind die Vorschriften des Gesetzes v. 6. November 1843, §§ 56—64, über Grundstücksabtrennung und Hinzuschlagung eines Grundstückes zu dem anderen, soweit sie rein privatrechtlicher Natur sind, also mit Ausschluß alles in das öffentliche Recht Einschlagenden und auf die Competenz Bezüglichen, was der Hypothekenordnung vorbehalten bleiben muß, aufgenommen worden. Weitere hierher gehörige Bestimmungen enthalten §§ 524. 525. 1158 des Entwurfs (§§ 513. 514. 1129 des B. G.-B.).

In obigem § hat man den § 57 des Gesetzes v. 6. November 1843 in so weit geändert, als man dem Widerspruche der Hypothekarier die Folge, daß durch denselben die beabsichtigte Grundstücksabtrennung unbedingt gehindert werde, nicht beigelegt hat; es wird die zuständige Behörde auch dann den Consens suppliren können; doch versteht sich, daß, wenn Hypothekarier der Grundstücksabtrennung widersprochen haben, die Untersuchung, welche der Supplirung des Consenses vorherzugehen hat, auch mit darauf zu richten sein wird, ob der Widerspruch Beachtung verdiene oder nicht. Noch ist zu erwähnen, daß der gegenwärtige § die Verhältnisse der Hypothekarier, die §§ 524. 525 des Entwurfs (§§ 513. 514 des B. G.-B.) die Verhältnisse der Berechtigten bei Reallasten betreffen.

Zu bemerken ist bei diesem §, daß die Bestimmungen desselben auch auf die Einräumung von Bau- und Kellerrechten und die auf Privatwillen des Eigenthümers beruhende Abtretung von Abbaurechten Anwendung finden. Nach § 1 der mit ständischer Ermächtigung erlassenen Verordnung vom 3. August 1868 (Gesetz- u. V.-Bl. von 1868, S. 504) steht das Befugniß zu der in §§ 419 und 421 des B. G.-B. gedachten Ergänzung des Consenses der Hypothekengläubiger der Grund- und Hypothekenbehörde zu, in deren Grund- und Hypothekenbuch das Grundstück eingetragen ist. Wegen der Abbaurechte und der Bau- und Kellerrechte vergl. man noch die Bemerkungen zu §§ 280 und 661.

---

§ 420. Hypothekarische Gläubiger, welche mit Vorbehalt ihrer Rechte in die Abtrennung willigen, können verlangen, daß ihre Forderungen auch auf dem neuen Folium des Trennstücks oder auf dem Folium des Grundstücks, zu welchem das Trennstück hinzugeschlagen wird, eingetragen werden. Die ohne Vorbehalt erklärte, ingleichen die durch die Behörde ergänzte Einwilligung der hypothekarischen Gläubiger gilt als Verzicht auf das Pfandrecht an dem Trennstücke.

Ohnbeschadet des im § aufgestellten Grundsatzes ist natürlich auch eine Vereinigung der Betheiligten, nach welcher die Forderungen der Hypothekengläubiger auf das Hauptgut und die Trennstücke vertheilt werden, nicht unzulässig.

---

§ 421. Will der Eigenthümer eine Reallast in das Grundbuch eintragen lassen, oder soll bei einer Grundstücksabtrennung die Uebertragung eines Theiles der eingetragenen Reallast auf das Trennstück unterbleiben, so ist hierzu die Ein-

willigung der hypothekarischen Gläubiger nöthig; dieselbe kann aber unter den Voraussetzungen im § 419 durch die zuständige Behörde ergänzt werden.

Zu diesem § sind die Bemerkungen zu §§ 513. 514 zu vergleichen.

---

§ 422. Die Hinzuschlagung eines Grundstücks zu einem anderen Grundstücke hat die Wirkung, daß sich die Hypotheken, welche vor der Hinzuschlagung auf dem einen oder dem anderen Grundstücke, oder auf beiden Grundstücken hafteten, auf alle Grundstücke erstrecken, welche durch die Hinzuschlagung zu einer Gesammtsache vereinigt sind.

Von der Hinzuschlagung eines Grundstücks zu einem anderen ist der Fall zu unterscheiden, wenn mehrere Grundstücke, ohne daß dadurch das eine ein Bestandtheil des anderen wird, auf ein Folium gebracht werden sollen, welchenfalls sich die Hypothekenverhältnisse dieser Grundstücke nicht ändern.

Im Uebrigen beziehen sich die rein privatrechtlichen Vorschriften der §§ 422. 423 sowohl auf städtische, als auch auf Landgrundstücke.

---

§ 423. Sind beide Grundstücke mit Hypotheken behaftet, so ist die Hinzuschlagung nur zulässig, wenn die hypothekarischen Gläubiger des einen Grundstücks erklären, daß sie den hypothekarischen Gläubigern des anderen Grundstücks nachstehen wollen.

Das B. G.-B. weicht hier von der Vorschrift in § 61. sub 2 des Hypothekengesetzes v. 6. Novbr. 1843 in so weit ab, als nach letzterem die hypothekarischen Gläubiger des „zu einem anderen Grundstücke hinzuzuschlagenden Grundstücks“ den Gläubigern des ersteren nachzutreten haben, wenn die Consolidation zulässig sein soll, während nach der Fassung des § 423 des B. G.-B. die Hinzuschlagung auch in dem umgekehrten Falle gestattet ist. Die Frage, ob zu dem gedachten Behufe eine solche Vereinigung der beiderseitigen Hypothekengläubiger genüge, vermöge deren dieselben ihren Forderungen einen gleichen Rang einräumen, scheint zwar, wenn man dem Wortlaute des §: so ist „nur zulässig 2c.“ folgt, verneint werden zu können, wird aber doch richtiger zu bejahen sein, weil der § seiner ganzen Tendenz zufolge nur eine Benachtheiligung der Hypothekengläubiger und eine Verwirrung in den Grund- und Hypothekenbüchern vermieden wissen will, wovon nicht die Rede sein kann, wenn die Gläubiger freiwillig eine Uebereinkunft treffen, welche so beschaffen ist, daß sie die Unterlage zu formell zulässigen Eintragungen gewährt. Ueber die Berücksichtigung der Vor- und Wiederkaufsrechte bei Consolidationen sind die §§ 1129 und 1137 zu vergleichen.

VIII. Wirkungen der Hypothek.

§ 424. Der hypothekarische Gläubiger kann, wenn die Forderung ganz oder zum Theil fällig ist, zu seiner Befriedigung Zwangsversteigerung des verpfändeten Grundstücks oder, wenn er zunächst aus den Früchten befriedigt sein will, gericht-

liche Sequestration verlangen. Die Zwangsversteigerung muß sich auf das ganze Grundstück erstrecken, selbst wenn nur ein ideeller Theil desselben verpfändet ist. So lange der Gläubiger nicht vollständige Befriedigung erlangt hat, kann er die getroffene Wahl ändern. Ein Recht, in den Besitz und die Benutzung des verpfändeten Grundstücks gesetzt zu werden, steht ihm nicht zu.

Motive. Dieser § correspondirt dem § 80 des Gesetzes v. 6. November 1843. Man hat als Wege, auf welchen der hypothekarische Gläubiger zu seiner Befriedigung aus dem verpfändeten Grundstücke gelangen kann, die gerichtliche Versteigerung des Grundstückes, oder, in so weit er zunächst aus den Nutzungen befriedigt sein will, die Sequestration (des ganzen Grundstückes oder auch blos einzelner Theile desselben) bezeichnet, und noch ausdrücklich gesagt, daß dem Gläubiger das Recht, selbst in den Besitz des Grundstückes gesetzt zu werden, nicht zukomme, dagegen aber nicht weiter hervorgehoben, daß die obigen beiden Wege die einzig zulässigen sind, da sich dieß von selbst versteht. Der § ist so gefaßt, daß das Mißverständniß, zu welchem der § 80 des Gesetzes v. 6. Novbr. 1843 Veranlassung geben kann, als ob der Gläubiger nicht berechtigt sei, von dem bereits gestellten Antrage auf gerichtliche Versteigerung zurückzugehen und Sequestration zu verlangen, oder umgekehrt, ausgeschlossen ist. Auch geht der Antrag auf Subhastation oder Sequestration stets nur gegen den Eigenthümer des Grundstückes, gleichviel ob derselbe zugleich den Besitz des Grundstückes hat oder nicht.

In Bezug auf das Verhältniß der hypothekarischen Klage nach der Theorie des B. G.-B. gegenüber dem gemeinen Rechte ist hervorzuheben, daß 1) dieselbe nicht auf den Besitz und die eigene Benutzung des Pfandgrundstücks, sondern nur auf Befriedigung aus dem Erlöse durch Zwangsversteigerung des (ganzen) Grundstücks, oder durch Sequestration und nur gegen die als Eigenthümer eingetragene Person gerichtet werden kann, und b) daß der Gläubiger in der Wahl der ihm zu Gebote stehenden Klagen durch keine dem Pfandrechte eigenthümliche excussio personalis oder realis [1] beschränkt, ja selbst zu einer gleichzeitigen Anstellung dieser Klagen berechtigt ist. Da dem hypothekarischen Gläubiger nicht blos an der Substanz, sondern auch an den Früchten des verpfändeten Grundstücks ein Recht zusteht, und die Tendenz des § offenbar die ist, daß demselben jeder gesetzlich zulässige Weg, um zu seiner Befriedigung aus dem Pfande zu gelangen, offen stehen soll, so läßt sich nicht annehmen, daß die gleichzeitige Anlegung der Sequestration und Einleitung der Zwangsversteigerung unstatthaft sei. Der Gläubiger kann zunächst auf Sequestration antragen, und wenn er damit seinen Zweck nicht erreicht, späterhin auch die Zwangsversteigerung, und zwar unter Fortbestand der ersteren bis zum Eintritt der letzteren, verlangen und ebenso darf er mit dem Antrage auf die Zwangsversteigerung, welche bekanntlich erst nach Ablauf eines nicht unbeträchtlichen Zeitraums vor sich geht, den Antrag auf einstweilige Sequestration verbinden.

Die im § 424 gedachte Sequestration kann das ganze Grundstück umfassen, aber auch bezüglich einzelner Nutzungsbranchen, z. B. Brauerei, Brennerei u. dgl. stattfinden [2].

1. Die letztere ist in ihrer gemeinrechtlichen Bedeutung ohnehin durch den Wegfall der Generalhypotheken und das Princip der Specialität im Hypothekenwesen, unpraktisch geworden. Ueber das gemeine Recht vergl. Dernburg a. a. O. §§ 142. 143. 144.

2. Will der Hypothekengläubiger anstatt einer theilweisen Sequestration noch mildere Mittel, z. B. Beschlagnahme der Mieth- oder Pachtzinsen der verpfändeten Grundstücke anwenden, so steht

§ 425. Der hypothekarische Gläubiger hat zum Zwecke seiner Befriedigung die Pfandklage gegen den im Grundbuche eingetragenen Eigenthümer.

Hierbei hat man auf die Motive und die Bemerkungen zum vorigen § zu verweisen; die Anstellung der Pfandklage gegen die noch nicht eingetragenen Erben des Eigenthümers würde, nach Maßgabe der Bemerkungen zu § 277, nicht ausgeschlossen sein.

---

§ 426. Der hypothekarische Gläubiger hat die Wahl, ob er vorerst die persönliche Klage gegen den Schuldner oder die Pfandklage, oder beide neben einander erheben will, selbst wenn das Pfand von einem Dritten bestellt worden ist, oder sich in den Händen eines Dritten befindet.

Die in diesem § gedachte Berechtigung wahlweiser und gleichzeitiger Klaganstellung ist dem hypothekarischen Gläubiger auch in dem Falle zuzugestehen, wenn seine Forderung auf mehreren Grundstücken eingetragen ist, welche sämmtlich oder zum Theil in das Eigenthum dritter Personen gelangt sind, und es steht insbesondere auch dem nachstehenden Hypothekengläubiger ein Widerspruchsrecht dagegen nicht zu. Mit der Bestimmung des §, daß der Gläubiger das Wahlrecht auch dann habe, wenn das Pfand von einem Dritten bestellt worden sei, wird der (§§ 371. 384 erwähnte) Fall der Verpfändung für eine fremde Schuld, jedoch nur unter der Voraussetzung getroffen, daß der Dritte das bezügliche Grundstück nicht blos wegen einer subsidiären, bürgschaftlichen Verpflichtung verpfändet hat[1].

---

§ 427. Der hypothekarische Gläubiger kann, so lange er nicht volle Befriedigung erlangt hat, die getroffene Wahl ändern.

Eine nur theilweise Befriedigung hindert nach dem § den Gläubiger nicht, die Klage, deren Anstellung ihm zu dieser Befriedigung verholfen hat, fallen zu lassen und wegen des Restes seiner Forderung dieserhalb die Klage gegen einen anderen Schuldner an- oder fortzustellen. Dasjenige, was der Gläubiger von dem einen seiner Schuldner erlangt hat, muß er sich an dem Betrage seiner Forderung auch den übrigen gegenüber kürzen lassen.

---

§ 428. Die persönliche Klage und die Pfandklage können, soweit sie gegen dieselbe Person gehen, mit einander verbunden werden.

Die Cumulation der persönlichen Klage mit der Pfandklage kann dem hypothekarischen Gläubiger den Vortheil gewähren, daß er im executivischen Verfahren seine Befriedigung nicht blos aus dem verpfändeten Grundstücke, sondern auch aus dem sonstigen

---

ihm zwar dieß frei, es treten aber in diesem Falle bei ihm, wie bei jedem anderen Gläubiger, die über die Inhibition und die Vollstreckung der Hülfe in außenstehende Forderungen geltenden proceßrechtlichen Grundsätze ein.

1. Im Wesentlichen dieselben Grundsätze wurden, mit Rücksicht auf die Bestimmungen in § 80 des Gesetzes v. 6. November 1843, auch schon bisher in der Sächs. Praxis befolgt; Wochenblatt f. merkwürdige Rechtsfälle Jahrg. 1849, S. 267 folg. Jahrg. 1853, S. 321. Jahrg. 1854 S. 425. 465.

Vermögen des Schuldners erlangt[1]. Will der Gläubiger von diesem Rechte Gebrauch machen, so hat er dieß in der Klage deutlich zu sagen und das geeignete Petitum zu stellen.

---

§ 429. Der Kläger hat bei der Pfandklage die Forderung, ihre Eintragung in das Hypothekenbuch, ihre Fälligkeit und daß der Beklagte als Eigenthümer in das Grundbuch eingetragen ist, zu beweisen. Wer eine eingetragene Forderung abgetreten erhalten hat, braucht, soweit die Forderung aus der Eintragung erhellt, nicht die Forderung, sondern nur die Eintragung zu beweisen; hiergegen hat der Beklagte zu beweisen, daß die Forderung nicht bestanden habe, oder zur Zeit der Abtretung erloschen gewesen sei, und der Kläger das Eine oder das Andere damals gewußt habe.

Motive. Angehend diesen §, so wird zwischen dem Verhältnisse des hypothekarischen Schuldners zum ursprünglichen Gläubiger und zum dritten Erwerber der Forderung unterschieden. Soviel den letzteren Fall betrifft, so ist, vorausgesetzt, daß der Erwerber sich bei der Erwerbung in bona fide befunden hat, der Eintragung der Hypothek unbedingt voller Beweis beizulegen. Soviel dagegen den ersteren Fall anlangt, so kann, da zu Entstehung der Hypothek ein Rechtstitel, auf dessen Grund die Eintragung der Hypothek erfolgt, nöthig ist, die Thatsache der erfolgten Eintragung an sich noch nicht so schlechterdings als genügend zum Beweise der Forderung betrachtet werden. Abgesehen nämlich von dem Falle, wo die Eintragung dem Dritten gegenüber alle etwaige Mängel deckt, ist, wenn die Richtigkeit der Forderung bestritten wird, die Eintragung selbst ohne weitere Unterlagen noch nicht geeignet, den hypothekarischen Gläubiger von der Beweislast zu befreien, vielmehr muß der Beweis zugleich auf den Rechtstitel gerichtet werden, und wenn schon der Inhalt der Eintragung nicht selten diesen Beweis mit liefern wird, so muß doch dem Ermessen des Richters überlassen bleiben, zu beurtheilen, wie weit im concreten Falle dem Gläubiger neben der Bezugnahme auf die Eintragung noch die Beibringung weiteren Beweises obliegt.

Die im zweiten Abschnitte des § enthaltene Bestimmung beruht auf der Oeffentlichkeit im Hypothekenwesen, zufolge deren der Cessionar, wenn er die Forderung im guten Glauben erworben hat, wegen aller die Existenz und den Betrag der Forderung betreffenden Ausstellungen, welche nicht in seiner Person begründet oder aus dem Hypothekenbuche zu ersehen gewesen sind, durch den Inhalt des letzteren gedeckt ist.

Die Verschiedenheit, welche in Bezug auf die Beweislast zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und dem Cessionar besteht, beschränkt sich übrigens nach dem § auf den Beweis der Forderung; von diesem ist der Cessionar in so weit befreit, als er lediglich deren Eintrag (und die Umschreibung der Forderung auf seinen Namen) nachzuweisen braucht, vorausgesetzt, daß sich der Eintrag auf eine bestehende Forderung bezieht; der Beweis der übrigen, im ersten Satze des § erwähnten Thatsachen, namentlich also der Fälligkeit, ist ihm eben so wenig, als dem ursprünglichen Gläubiger erspart. Die Worte

---

1. Die Frage, ob nach processualischen, mit der Verschiedenheit der Gerichtsstände zusammenhängenden Grundsätzen diese Cumulation ausführbar sei, wird von der nur das materielle Recht betreffenden Bestimmung des B. G.-B. nicht berührt und muß nach den Proceßgesetzen entschieden werden.

„soweit dieselbe aus der Eintragung erhellt" sowie die Verbindlichkeit zum Beweise der Fälligkeit, deuten insbesondere noch darauf hin, daß auch der Cessionar die Existenz der Forderung darzuthun hat, wenn die Hypothek als eine auf gesetzlichem Rechtsgrunde oder Privatwillen des Eigenthümers beruhende Cautionshypothek eingetragen worden ist, bei welcher also das Hypothekenbuch selbst an die Hand giebt, daß die Forderung und deren Betrag noch unbestimmt sind.

---

§ 430. Der Beklagte kann die Pfandklage abwenden, wenn er dem hypothekarischen Gläubiger volle Befriedigung wegen der Forderung leistet, für welche das Pfand haftet.

Der § enthält einen schon dem gemeinen Rechte angehörenden Satz. Es ist aber der Beklagte, selbst wenn er zugleich der persönliche Schuldner ist, der Pfandklage gegenüber nicht verbunden, Zahlung aus seinen sonstigen Mitteln zu leisten, wenn er es vorzieht, dem Gläubiger den Antrag auf Versteigerung oder Sequestration zu überlassen (vergl. die Bemerkungen zu § 428).

---

§ 431. Wird Derjenige, welcher das Pfandrecht an der Sache eingeräumt hat, mit der Pfandklage belangt, so kann er aus einem eigenen Rechte an der verpfändeten Sache entlehnte Einreden nicht entgegenstellen, gleichviel ob er das Recht vor oder nach der Pfandbestellung erworben hat.

Der Einwand des Verpfänders, er sei erst nach der Verpfändung Eigenthümer geworden, würde jedenfalls unhaltbar, aber nur im Falle eines von der Grund- und Hypothekenbehörde begangenen Versehens möglich sein.

---

§ 432. Hat der Eigenthümer eines Grundstücks bei dessen Erwerbung gegen den Veräußerer die hypothekarische Schuld in Aufrechnung auf die Kaufgelder übernommen, oder sich ohne nähere Bestimmung zu deren Bezahlung verpflichtet, so ist er dem hypothekarischen Gläubiger, sobald derselbe einem solchen Uebereinkommen beigetreten ist, persönlich verpflichtet; diese Verpflichtung fällt aber weg, wenn er das Grundstück veräußert, ausgenommen wenn der Gläubiger vor der Veräußerung die persönliche Klage gegen ihn bei Gericht angebracht und den Rechtsstreit nicht über drei Monate liegen gelassen hat. Die persönliche Verpflichtung des Eigenthümers zur Bezahlung der während seines Eigenthums fällig gewordenen Zinsen von Forderungen, in Bezug auf welche er sich in der angegebenen Weise persönlich verpflichtet hat, dauert nach der Veräußerung des Grundstücks fort.

Motive. Hier ist die Ansicht des Gesetzes v. 6. November 1843, § 90, daß eine Uebernahme der persönlichen Haftungsverbindlichkeit von Seiten des Dritten nur auf dessen Besitzzeit Wirkung habe, wenn nicht ausdrücklich etwas Anderes ausgemacht worden ist, beibehalten worden. Vor dem angegebenen

Gesetze von 1843 hatte die Uebernahme der Schulden von Seiten des Käufers die Haftpflicht desselben auch über jene Zeit hinaus zur Folge; das gedachte Gesetz bezweckte aber durch Beschränkung dieser Haftpflicht die Uebelstände zu beseitigen, welche dadurch entstehen, daß vielleicht erst nach geraumer Zeit, nachdem das Grundstück längst in andere Hände übergegangen, der frühere Eigenthümer, obwohl er nicht der ursprüngliche Schuldner ist, noch auf Bezahlung der hypothekarischen Schulden in Anspruch genommen werden kann. Die beim Erwerbe eines Grundstückes erklärte Uebernahme der Hypotheken begründet für sich allein kein persönliches Rechtsverhältniß zwischen dem hypothekarischen Gläubiger und dem Erwerber, sondern eben nur ein Rechtsverhältniß intuitu fundi, um den Hypothekenstand zu reguliren, es geht die Haftpflicht des Erwerbers nur auf den Betrag des Werthes des Grundstückes und auf die Besitzzeit des Erwerbers; doch werden dadurch die Fälle, in welchen der Erwerber sich ausdrücklich zur persönlichen Uebernahme der Hypotheken verbindlich gemacht hat, nicht ausgeschlossen.

Zu diesem § ist darauf aufmerksam zu machen, daß durch denselben der § 90 des Gesetzes v. 6. November 1843 in einigen Beziehungen erläutert und beziehendlich vervollständigt worden ist; erstens soll auch die beschränkte, persönliche Verpflichtung des Erwerbers nur dann eintreten, wenn der Gläubiger einem Uebereinkommen der im § gedachten Art beigetreten ist, und zweitens soll, wenn dieß geschehen ist, die persönliche Verpflichtung des neuen Eigenthümers durch Anbringung der persönlichen Klage bei Gericht nur unter der Voraussetzung über die Dauer seines Eigenthums hinaus fortbestehen, daß der Rechtsstreit nicht über drei Monate liegen geblieben ist[1]. Das B. G.-B. behandelt das im § gedachte Uebereinkommen, vorausgesetzt daß der Veräußerer zugleich der persönliche Schuldner der überwiesenen Forderung ist, als eine Schuldübernahme (vergl. § 1405), es gelten daher in diesem Falle die im § 1402 enthaltenen Vorschriften auch in Bezug auf die rechtlichen Folgen jenes Uebereinkommens, jedoch mit der im § 432 ausgedrückten Beschränkung. Insbesondere also kann nach §§ 854. 855 der Beitritt des Gläubigers noch so lange rechtzeitig (z. B. durch Klaganstellung gegen den Schuldübernehmer) erfolgen, bis der Veräußerer diesen letzteren von der übernommenen Verbindlichkeit befreit hat. Die Bemerkung in den Motiven „es gehe die persönliche Haftpflicht nur auf den Betrag des Werthes des Grundstücks" ist, wie der Zusammenhang lehrt, nicht so zu verstehen, als ob sich die beschränkte persönliche Haftpflicht nicht über die, irgendwie zu ermittelnde, Werthsumme des verpfändeten Grundstücks erstrecke, vielmehr soll damit nur angedeutet werden, daß diese persönliche Haft in genauester Verbindung mit dem Eigenthume des Pfandgrundstücks, als Werthsobject stehe. So lange die persönliche Haftung noch dauert, umfaßt sie den ganzen Betrag der übernommenen Forderung, auch ist der Erwerber infolge der Schuldübernahme, und wenn nicht in dieser Beziehung etwas Anderes bei der Ueberweisung festgesetzt worden ist, an die in Betreff der Zahlungszeit zwischen dem Gläubiger und dem Veräußerer bestehenden Bedingungen, z. B. eine lex commissoria gebunden. Eine Vorbedingung für den Eintritt dieser persönlichen Haftung ist es aber, daß der Veräußerungsvertrag durch Eintragung des Erwerbers als Eigenthümers des verpfändeten Grundstücks in das Grundbuch zur Ausführung gelangt ist. Man vergl. hierzu Annalen N. F. Bd. 3, S. 86. 416 u. Bd. 4, S. 120. Ist der Veräußerer nicht zugleich der persönliche Schuldner der überwiesenen Hypotheken, oder war seine per-

1. Das Gesetz vom 6. November 1843 erwähnt in § 90, Abs. 2 auch die Redlichkeit des Käufers im Zusammenhange mit der beschränkten, persönlichen Haftung desselben für die übernommene Hypothekenforderung. Dieser in seiner Tendenz unklare Beisatz ist im B. G.-B. mit Recht beseitigt worden.

sönliche Verpflichtung nur eine unter die Vorschriften des § 432 fallende beschränkte, welche mit der anderweiten Veräußerung erlöscht, so würde sich die Ueberweisung jener Hypotheken in Anrechnung auf die Kaufsumme unter Umständen als ein **pactum in favorem tertii** auffassen lassen.

Ein Vertrag, durch welchen der Erwerber eines Grundstücks eine unbeschränkte persönliche Verpflichtung zur Bezahlung der auf letzterem bereits haftenden Schulden übernimmt, ist zwar zulässig, muß aber, wie sich von selbst versteht, unter Beitritt des Gläubigers abgeschlossen sein und speciell auf diese unbeschränkte persönliche Haftung gehen, wenn dadurch die Anwendung der in § 432 ertheilten Vorschrift ausgeschlossen werden soll.

IX. Zusammentreffen von Hypotheken.

§ 433. Ist wegen mehrerer Forderungen mehreren Gläubigern dieselbe Sache gleichzeitig verpfändet, so haftet sie denselben nach Verhältniß der Größe ihrer Forderungen.

Motive. In diesem und dem folgenden § sind die Bestimmungen des Gesetzes v. 6. November 1843, §§ 92. 93 wiederholt. Daß, wenn eine Hypothek von einer Suspensivbedingung abhängig gemacht wird, deren Eintragung erst nach Eintritt der Bedingung erfolgen kann, brauchte, da dieser Fall von dem, wo eine Hypothek für eine bedingte Forderung bestellt wird, verschieden ist, nicht besonders erwähnt zu werden.

---

§ 434. Das Alter, nach welchem mehrere auf demselben Grundstücke haftende Forderungen zur Befriedigung gelangen, bestimmt sich vorbehältlich der Vorschrift im § 405 nach der Reihenfolge, in welcher sie eingetragen worden sind. Ist dieselbe Sache Mehreren nach einander verpfändet und reicht sie zur Befriedigung derselben überhaupt oder zeitweilig nicht zu, so entscheidet der Vorzug des Alters in der Weise, daß die hypothekarischen Gläubiger in der Reihenfolge, in welcher ihre Forderungen eingetragen sind, befriedigt werden.

Der § hat das bereits dem Gesetze v. 6. Novbr. 1843 zu Grunde liegende Princip der Priorität beibehalten. Die Hypothek wegen künftiger oder bedingter Forderungen entsteht, nach dem Ingrossationssysteme, ebenfalls durch die Eintragung in das Hypothekenbuch und genießt den ihr nach dieser zukommenden Rang. Durch die Worte „überhaupt oder zeitweilig" wird ausgedrückt, daß, wenn (z. B. bei Erstehungsgeldern) die Pfandmasse noch nicht vollständig disponibel ist, der ältere Gläubiger in der Regel das Recht hat, aus der vorhandenen Baarmasse zunächst und vor den nachfolgenden seine Befriedigung zu verlangen. Man vergl. hierzu auch die Bemerkungen zu § 380.

---

§ 435. Der von einem hypothekarischen Gläubiger beantragten Zwangsversteigerung oder Sequestration können andere ältere oder jüngere hypothekarische Gläubiger, welchen dieselbe Sache verpfändet ist, nicht widersprechen. Sie können

aber die Zwangsversteigerung abwenden, wenn sie das im § 446 gedachte Ablösungsrecht ausüben.

Die Bestimmung des § folgt aus der Selbständigkeit der einzelnen Pfandrechte, vermöge deren kein Hypothekengläubiger in der Verfolgung seiner gesetzlichen Befugnisse gegen den Pfandschuldner (§ 424 folg.) durch Rücksichten auf das mögliche Interesse dritter Personen gehindert werden darf.

§ 436. Der ältere hypothekarische Gläubiger kann verlangen, daß eine angelegte Sequestration zu seinen Gunsten fortgesetzt werde.

Durch diese Vorschrift ist dem älteren Gläubiger das Recht gewahrt, sich die prioritätische Befriedigung aus den Früchten des Grundstücks von der Zeit an zu verschaffen, wo er den bezüglichen Antrag gestellt hat[1].

X. Uebergang der Hypothek.

§ 437. Eine eingetragene Forderung geht mit der Hypothek ohne Weiteres auf die Erben des Gläubigers über; dieselben können jedoch Umschreibung der Forderung auf ihren Namen verlangen.

Der § bezieht sich nur auf die Erben des Gläubigers, nicht auf die Vermächtnißnehmer; bei dem Vermächtnisse einer hypothekarischen Forderung treten also die im folgenden § enthaltenen Vorschriften ein und das Vermächtniß gilt nur als Rechtsgrund zur Umschreibung. Hierbei und zum Schlußsatze des folgenden § ist noch zu bemerken, daß zwar die Erben berechtigt sind, die ererbte, beziehendlich von ihren Miterben bei der Erbauseinandersetzung an sie abgetretene Forderung auf ihren Namen umschreiben zu lassen, daß es aber, nach der klaren, von dem § 186 des Gesetzes vom 6. November 1843 zum Theil abweichenden, Vorschrift des § 2287 dieser Umschreibung an sich und, in der Regel, selbst dann nicht bedarf, wenn alle Erben oder einer oder mehrere von ihnen, welchen bei der Erbtheilung die ganze Forderung überwiesen worden ist, dieselbe abtreten oder verpfänden wollen. Nur wenn ein Erbe die Forderung nach seinem Erbantheile abtreten oder verpfänden will, muß er zuvor als Zwischenberechtigter eingetragen werden. Diese Grundsätze sind auch maßgebend für Beantwortung der Frage, ob der Hülfsvollstreckung in eine erbschaftliche Forderung der Zwischeneintrag der Erben vorausgehen müsse.

§ 438. In anderen Fällen geht die eingetragene Forderung sowohl gegen Dritte als gegen den Schuldner erst durch die Umschreibung auf den neuen Gläubiger über, mag der Rechtsgrund der Uebertragung auf gesetzlicher Bestimmung, auf rechtskräftiger Entscheidung oder auf einer Willenserklärung beruhen. Findet eine Abtretung unter Miterben statt, so ist die Forderung auf Denjenigen umzuschreiben, welchem sie abgetreten wird.

Motive. Angehend diesen §, so folgt aus dem Principe der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher, daß mit der Umschreibung der Hypotheken

1. Annalen N. F. Bd. 3, S. 171.

auch die durch dieselbe gesicherte Forderung ipso jure übergeht. Der § enthält auch die Vorschrift des § 84 des Gesetzes v. 6. November 1843, daß die Cession einer hypothekarischen Forderung so lange, als sie nicht auf den Cessionar umgeschrieben ist, dem Eigenthümer des verpfändeten Grundstückes und anderen dritten Personen gegenüber unwirksam ist. Eine Benachrichtigung des Eigenthümers des verpfändeten Grundstückes von der Umschreibung wird zum Uebergange der Forderung zwar nicht erfordert; doch werden die Gerichte in der Hypothekenordnung dahin anzuweisen sein, daß sie den Eigenthümer des verpfändeten Grundstückes von der erfolgten Umschreibung sofort benachrichtigen.

Eine Cession der versicherten Forderung mit Vorbehalt der Hypothek für den Cedenten ist unstatthaft, weil die Hypothek nach dem Ingrossationssysteme nicht mehr blos als accessorium der Forderung, sondern neben dieser als selbständiges Recht zu betrachten ist, dergestalt, daß, wenn beide in verschiedene Hände gelangten, im Grunde zwei Forderungsberechtigte dem Schuldner gegenüberständen, deren jeder seine Befriedigung voll zu verlangen berechtigt wäre.

Die in ihrem Wortlaute nur die Cession einer hypothekarischen Forderung betreffende Bestimmung in § 84 des Gesetzes v. 6. November 1843 ist in der bisherigen Praxis, insbesondere des Oberappellationsgerichts[1], dahin ausgelegt worden, daß, so lange die Hypothek noch besteht, ein Cessionsvertrag zwar zwischen den Contrahenten in so weit gültig und wirksam sei, daß er dem Cessionar einen Rechtstitel auf Umschreibung (Eintragung der Cession) gegen den Cedenten gewähre, daß aber das Pfandrecht und die Forderung, mithin auch das persönliche Forderungsrecht gegen den Schuldner selbst erst durch die Umschreibung auf den neuen Gläubiger übergehe. Diese, schon durch den wörtlichen Inhalt des § 84 gebotene Interpretation rechtfertigt sich aber auch dadurch, daß nach den Principien des Ingrossationssystems der an sich accessorische Charakter der Hypothek nicht in allen seinen Beziehungen und Folgen festgehalten werden konnte, daß vielmehr die eingetragene Forderung, als solche, eine gewisse Selbständigkeit für den Geschäftsverkehr erhalten muß, vermöge deren die Hypothek von der persönlichen Verpflichtung des Schuldners, welche im Verhältnisse zu der Haftung des Grundstücks überhaupt nur von untergeordneter Natur ist, nicht getrennt werden darf, wenn nicht der Schuldner nach dem Grundsatze der Oeffentlichkeit in den Fall, doppelte Zahlung zu leisten, kommen soll. Das B. G.-B. hat jene Vorschrift des Hypothekengesetzes beibehalten, und dieselbe ausdrücklich und folgerichtig auf alle Rechtsgründe, wegen deren nach § 438 eine Umschreibung nöthig ist, ausgedehnt. Es ist mit den Worten: „die eingetragene Forderung geht sowohl gegen Dritte, als gegen den Schuldner erst durch die Umschreibung auf den neuen Gläubiger über", noch deutlicher, als im § 84 des angezogenen Hypothekengesetzes zu erkennen gegeben worden, daß sich diese Bestimmung auch auf das persönliche Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner beziehe[2]. Andererseits beschränkt sich aber auch die-

---

1. Vergl. Zeitschr. f. R. u. V. Bd. 13, S. 452. Bd. 14, S. 149. Bd. 15, S. 412. Annalen Bd. 3, S. 223.

2. Wenn in Folge einer Zwangsversteigerung oder sonst das wegen der Forderung bestehende Pfandrecht vor der Umschreibung gelöscht worden ist, so kann, rücksichtlich der persönlichen Forderung und beziehendlich des Anspruchs auf prioritätische Befriedigung aus den Erstehungsgeldern, die nicht zur Eintragung gediehene Cession gegen den Cedenten und die übrigen Pfandgläubiger (z. B. im Concurse) allerdings noch geltend gemacht werden, weil mit dem Erlöschen des Pfandrechtes die Gründe wegfallen, weshalb, so lange dasselbe besteht, der Uebergang der Forderung von der Umschreibung abhängen muß. Zeitschr. f. R. u. V. Bd. 13, S. 452.

selbe auf das persönliche Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks; in Bezug auf das persönliche Forderungsrecht, welches dem Gläubiger, nach einer Veräußerung jenes Grundstücks gegen seinen ursprünglichen Schuldner zusteht, ist die Wirkung einer dieses persönliche Forderungsrecht mit betreffenden Cession ganz nach den Grundsätzen des Obligationenrechtes zu beurtheilen[1].

---

§ 439. Das Alter einer umgeschriebenen Hypothek richtet sich nach der Stelle der ursprünglichen Eintragung.

Diese Bestimmung rechtfertigt sich dadurch von selbst, daß an sich übertragbare Rechte nur in dem Umfange, in dem sie bestehen und beziehendlich im Grund- und Hypothekenbuche verlautbart worden sind, auf den Rechtsnachfolger übertragen werden können. Für die formelle Haltung des Hypothekenbuchs folgt aus dem §, daß Umschreibungseinträge keine Rangnummer erhalten dürfen.

---

§ 440. Das Vorrecht einer eingetragenen Forderung nach dem Alter kann auch ohne die Forderung abgetreten werden; dieß erfordert jedoch zur Wirksamkeit gegen Dritte die Eintragung in das Hypothekenbuch. Die betreffenden Gläubiger wechseln ihre Stellen rücksichtlich der Summen, für welche das Vorrecht abgetreten ist, unbeschadet der Rechte anderer Pfandgläubiger.

Außer der im § erwähnten Abtretung des durch die Zeitfolge der Eintragung bedingten Vorranges, kann auch einer neueren Forderung der gleiche Rang mit einer älteren eingeräumt werden. Hierher gehört auch die Erklärung eines älteren Hypothekengläubigers, er wolle zu Gunsten einer nachstehenden Forderung auf sein Vorzugsrecht verzichten, denn der bloße Verzicht auf das Vorzugsrecht enthält nicht die in der Abtretung des Vorrechtes liegende Rücktrittserklärung. Die Folge einer, den gleichen Rang mehrerer, dem Alter nach verschiedener Forderungen, bezweckenden Erklärung, welche zu ihrer Wirksamkeit gegen Dritte ebenfalls der Eintragung in das Hypothekenbuch bedarf, besteht darin, daß, wenn und in so weit die Erstehungsgelder zur vollständigen Befriedigung der im gleichen Range stehenden Gläubiger nicht ausreichen, die sämmtlichen auf die fraglichen Pfandstellen ausfallenden Perceptionsraten zu einer gemeinschaftlichen Theilungsmasse für die im gleichen Range zu befriedigenden Gläubiger vereinigt und aus dieser Masse alsdann die betreffenden Forderungen, danöthig nach verhältnißmäßigen Quoten, berichtigt werden müssen. Zu bemerken ist noch, daß Bestimmungen über das Rangverhältniß nicht blos in dem Falle, wenn die Forderungen bereits eingetragen sind oder gleichzeitig zum Eintrage gelangen, sondern auch bei der Eintragung einer Forderung zum Besten einer künftig noch entstehenden und einzutragenden Forderung getroffen und im Hypothekenbuche verlautbart werden können, wie z. B. wenn sich der Schuldner bei der Bestellung einer Hypothek das Recht ausbedungen hat, eine andere Forderung mit gleichem Range oder mit dem Vorrechte des Alters eintragen zu lassen[2].

---

1. Diese Abtretung berechtigt also den Cessionar auch unerwartet der Umschreibung Klage gegen den persönlichen Schuldner anzustellen, welchenfalls der letztere nach Befinden von der Vorschrift im § 441 würde Gebrauch machen können.

2. Vergl. hierzu § 181 des Gesetzes v. 6. November 1843 und § 69 der Ausführungsverordnung v. 15. Februar 1844, sowie §§ 143. 162. 164 der Ger.-Ordn. v. 9. Januar 1865.

Sind Veränderungen in dem ursprünglichen, durch die Eintragungstage bestimmten Rangverhältnisse verschiedener Forderungen eingetreten und im Hypothekenbuche eingetragen, so wird bei der Vertheilung der Pfandmasse, selbst unter complicirteren Verhältnissen, der vertheilende Richter nicht fehlen können, wenn er die eingetragenen Forderungen und deren aus den Einträgen sich ergebende Rangstellung objectiv und ohne Rücksicht auf die Person der jeweiligen Inhaber und die sonstigen Beziehungen, welche zwischen diesen bestehen, betrachtet und hiernach die Vertheilung bewirkt. Wenn also z. B. ein Gläubiger, welcher mit seiner älteren Forderung einer mehrere Stellen hinter dieser stehenden Forderung eines anderen Hypothekariers nachgetreten ist, eine zwischen diesen beiden Forderungen eingetragene Forderung durch Cession oder sonst erworben hat, so steht ihm rücksichtlich dieser letzteren jene Nachtrittserklärung nicht entgegen[1].

---

§ 441. Der persönliche Schuldner, welcher bei Veräußerung des Grundstücks darauf haftende Schulden dem Erwerber desselben zur Berichtigung überwiesen hat, erwirbt, wenn er in Folge der von einem hypothekarischen Gläubiger wegen einer solchen überwiesenen Schuld wider ihn erhobenen Klage vollständige Zahlung geleistet hat, ohne Weiteres die Forderung des befriedigten hypothekarischen Gläubigers und kann deren Umschreibung auf seinen Namen in dem Hypothekenbuche verlangen.

Motive. Dieser §, in welchem die Vorschrift des § 99 des Gesetzes v. 6. November 1843 wiederholt wird, findet seine Rechtfertigung darin, daß der persönliche Schuldner durch die Zahlung den Eigenthümer des verpfändeten Grundstückes liberirt und dieser letztere um den Betrag der Forderung bereichert werden würde, dafern nicht der bezahlte Gläubiger seine Rechte gegen denselben an den persönlichen Schuldner abträte. Uebrigens ist es gleich, ob der persönliche Schuldner in Folge der gegen ihn erhobenen Klage vom Käufer übernommene unbezahlte Kaufgelder berichtigt, oder ob der Darlehnsschuldner, für welchen ein Dritter sein Grundstück verpfändet hat, seine eigene Schuld bezahlt, da es hier nur darauf ankommt, daß das für die bezahlte Schuld verpfändete Grundstück liberirt wird, wogegen die Frage, ob zwischen dem persönlichen Schuldner und dem Eigenthümer des Grundstückes ein persönliches Rechtsverhältniß bestehe, vermöge dessen der letztere von dem ersteren Löschung der Hypothek verlangen könne, dabei ganz einflußlos ist.

Hier ist zur Berichtigung der Motive vor allem noch Folgendes zu bemerken:

Der § 441 sollte ursprünglich im Wesentlichen dieselbe Fassung erhalten, wie der § 99 des Gesetzes vom 6. November 1843[2], in welcher sich derselbe allerdings auch auf Fälle der im zweiten Satze der Motive bezeichneten Art erstreckt haben würde. Wie aber schon früher der Zweifel erhoben worden war, ob bei dem § 99 des H.-G.-B. vorauszusetzen sei, daß der Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks dem persönlichen Schuldner

---

1. Näheres über diese Verhältnisse s. in den Annalen N. F. Bd. 2, S. 124 folg.

2. Dieser lautet: Es erwirbt der persönliche Schuldner, welcher, ohne daß er zugleich der Besitzer des verpfändeten Grundstücks ist, infolge der von dem hypothekarischen Gläubiger wider ihn auf Bezahlung der Schuld erhobenen Klage demselben vollständig Zahlung leistet, ohne Weiteres dessen Stelle und Recht ꝛc. Vergl. auch Siegmann, Grund- und Hypothekenrecht S. 236.

gegenüber zur Abtragung der Forderung verbunden gewesen, so wurde auch bei der Abfassung des B. G.-B. dieser Zweifel erwähnt und Bedenken gegen die unveränderte Beibehaltung der im § 99 des gedachten Gesetzes enthaltenen Vorschriften erhoben. Obwohl man anfänglich von diesem Bedenken aus den im Schlußsatze der Motive gedachten Gründen absehen zu sollen glaubte, so hat dasselbe doch bei der schließlichen Redaction des Entwurfs noch Berücksichtigung gefunden und zu einer Abänderung der Vorlage geführt, infolge deren nunmehr das im § 441 gedachte Eintretungsrecht auf den Fall beschränkt worden ist, wenn der persönliche Schuldner bei der Veräußerung des verpfändeten Grundstücks dem Erwerber und Eigenthümer des letzteren die Berichtigung der Forderung überwiesen hat. In dieser Beschränkung trifft auch der im Eingange der Motive als maßgebend bezeichnete Gesichtspunkt immerhin vollständig zu. Das Eintretungsrecht steht aber nach diesem § nur dem persönlichen Schuldner zu, welcher bei Veräußerung des Grundstücks eine darauf haftende Schuld dem Erwerber desselben zur Berichtigung überwiesen und in Folge der von dem hypothekarischen Gläubiger gegen ihn angestellten Klage vollständige Zahlung geleistet hat. Hieraus folgt, daß ein Verkäufer, welcher zur Zahlung einer dem Käufer überwiesenen hypothekarischen Forderung nicht oder nicht mehr persönlich verpflichtet war[1] und dennoch die Zahlung freiwillig geleistet hat, das im § 441 gedachte Eintretungsrecht nicht ausüben kann. Dagegen könnte er, unter den hierzu geeigneten Voraussetzungen von den Vorschriften des § 445 Gebrauch machen.

---

§ 442. **Befriedigt der Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks den hypothekarischen Gläubiger, so kann er, selbst wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist, verlangen, daß die eingetragene Forderung entweder gelöscht oder auf seinen Namen in dem Hypothekenbuche umgeschrieben werde. Im letzteren Falle hat er das Recht, die Forderung Anderen abzutreten.**

Motive. Die §§ 453. 454. 455 des Entwurfs (§§ 442. 443. 444 des B. G.-B.) in Verbindung mit § 460 des Entwurfs (§ 449 des B. G.-B.) correspondiren den §§ 117—120 des Gesetzes vom 6. November 1843.

Durch die in diesem und den beiden folgenden §§, so wie in § 449 enthaltenen Vorschriften sind die Bestimmungen in §§ 117—120 des Hypothekengesetzes vollständig gedeckt. Der im § 120 des zuletztgedachten Gesetzes etwas specieller erwähnte Fall des Concurses brauchte im § 444 nicht besonders hervorgehoben zu werden, weil sich dieser § auf die Zwangsversteigerung im Allgemeinen bezieht und diese nach bisherigem Rechte im Concurse stets eintrat. Nach § 3 des schon wiederholt erwähnten neueren Gesetzes vom 8. Juli 1868 findet zwar nach Eröffnung des formellen Concurses die Zwangsversteigerung der dem Gemeinschuldner zugehörigen Grundstücke nur auf Antrag statt, und es ist nicht undenkbar, daß von diesem Antrage abgesehen wird, demungeachtet verhindert aber die Concurseröffnung die im § 442 dem Eigenthümer gestattete Abtretung der auf seinem Namen umgeschriebenen Hypothek, weil das infolge der Concurseröffnung einzutragende allgemeine Veräußerungsverbot jede weitere Verfügung des Gemeinschuldners in Betreff der eingetragenen Forderungen ausschließt. Aus der Bestimmung, daß in beiden Fällen der Zwangsversteigerung der Uebergang der Forderung auf den Eigenthümer den späteren hypothekarischen Gläubigern gegenüber wirkungslos ist, wenn dieselbe nicht vorher abgetreten worden, folgt nun aber von selbst, daß (vergl. § 120 des Hypoth.-Gesetzes)

1. Vergl. hierzu die Bemerkungen zu § 432.

weder der Eigenthümer, noch dessen chirographarische Gläubiger verlangen können, daß der Betrag einer auf den Eigenthümer gekommenen, von diesem nicht weiter abgetretenen Forderung von dem Erlöse des Pfandgrundstücks abgesondert und ihnen überlassen werde, so lange die übrigen eingetragenen Gläubiger noch nicht vollständig befriedigt sind. Man könnte zwar in Bezug auf die Vollständigkeit des § 444 noch einwenden, daß der § 120 des Gesetzes v. 6. Novbr. 1843 als den Zeitpunkt, bis wohin im Falle eines Concurses die Abtretung an Andere noch zulässig sei, nicht die erst nach der Concurseröffnung eintretende Zwangsversteigerung, sondern die Concurseröffnung selbst bezeichne. Allein abgesehen davon, daß sich der § 120 des angezogenen Gesetzes nicht einmal bestimmt in dieser Maße ausspricht und es mindestens zweifelhaft erscheint, ob ihm dieser Sinn unterzulegen sei, so würde auch die Bestimmung des § 444 jedenfalls die richtigere und consequentere sein. Denn eines Theils muß die Eröffnung des formellen Concurses im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen werden, und alsdann würde nach Maßgabe des § 408 eine Abtretung Seiten des Cridar nicht mehr zu einer Umschreibung führen können, andern Theils erfordert es aber auch die Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs, daß, wenn eine Dispositionsbeschränkung in demselben noch nicht eingetragen worden, und bei diesem Mangel die Umschreibung noch erfolgt ist, der im redlichen Glauben befindliche Cessionar geschützt sein muß.

Die Frage, ob in den §§ 442. 443 des B. G.-B. gedachten Fällen der Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks auch berechtigt sei, die auf seinen Namen umgeschriebene oder auf ihn übergangene Forderung zu verpfänden, ist zu verneinen. Das B. G.-B. kennt ebenso wenig, als das Gesetz vom 6. November 1843 und das gemeine Recht die Bestellung einer Hypothek am eigenen Grundstücke, und die Möglichkeit, daß Jemand eine Forderung an sich selbst haben könne. Die Vorschriften der §§ 442. 443 beruhen auch nicht auf der Vorstellung, daß das verpfändete Grundstück als ein dem Eigenthümer gegenüberstehendes Rechtssubject zu behandeln sei. Denn erstens kann eine Sache nur Object von Vermögensrechten, aber nicht Subject von Rechten oder Verpflichtungen sein, und zweitens wird auch die Umschreibung der Forderung auf den Eigenthümer nach § 444 wirkungslos, sobald die Zwangsversteigerung oder Concurseröffnung erfolgt, bevor die Forderung weiter cedirt worden ist. Die Umschreibung hat also nur den Zweck, daß der Eigenthümer über das von einer Hypothek frei gewordene Eigenthum verfügen kann, ohne hieran durch die Existenz anderer nachstehender Hypotheken gehindert zu sein. Wird dabei in §§ 442 folg. von der Umschreibung und Abtretung einer „Forderung" gesprochen, so findet dieß seine Erklärung in den Formen des Ingrossationssystems. Die nicht gelöschte Forderung gilt nach diesen in so weit noch als eine bestehende, daß sie an eine dritte Person übertragen werden kann, ohne daß das neue, zu der Hypothek hinzutretende, Schuldverhältniß zwischen Eigenthümer und Cessionar der Verlautbarung im Hypothekenbuche unterliegt. Das dem Eigenthümer in §§ 442. 443 zugestandene Recht, einer dritten Person in der Form der Abtretung die freigewordene Hypothek zu verschaffen, ist, ebenso wie sein Recht eine neue Hypothek zu bestellen, ein Vermögensrecht, aber jenes Recht ist ebenso wenig, wie dieses der Gegenstand eines solchen, es fehlt an einer zum Vermögen des Eigenthümers gehörigen Forderung, welche verpfändet werden könnte. Zu bemerken ist noch, daß nach §§ 503. 504 des B. G.-B. die Verpfändung einer Forderung keine Abtretung ist, sondern nur in so weit als Abtretung gilt, daß der Gläubiger die ihm verpfändete Forderung zum Behufe seiner Befriedigung einziehen kann. Aus denselben Gründen, wie die freiwillige Verpfändung, ist auch die Vollstreckung der Hülfe in eine, auf den Namen des Eigenthümers umgeschriebene Forderung unzulässig. Es folgt aber aus den vorstehend entwickelten Grundsätzen weiter noch, daß a) die Vorschrift des § 440 bei der auf den Namen des Eigenthümers umgeschriebenen Hypothek nicht anwendbar ist,

weil derselbe für seine Person keine Hypothek, deren Vorzug er abtreten, und keine Forderung hat, mit welcher er an die Stelle der Nachhypothek eintreten könnte; b) daß der Eigenthümer bei der Veräußerung des Grundstücks die auf seinen Namen umgeschriebene Hypothek weder gegen den Erwerber des Grundstücks mittelst der hypothekarischen Klage geltend machen, noch dieselbe bei der Veräußerung sich vorbehalten und auf die unbezahlten Kaufgelder transferiren oder in Anrechnung auf dieselben dem Käufer überweisen kann, weil ihm nur die Abtretung der auf seinen Namen umgeschriebenen Forderung an Andere gestattet ist, und er selbst für seine Person keine Hypothek hat und keine Forderung an sich selbst haben kann; c) daß, wenn eine Forderung auf mehrere Miteigenthümer umgeschrieben worden ist, hierdurch kein theilbares Vermögensobject geschaffen, sondern nur ein gemeinschaftliches Recht zur Abtretung erworben wird. Dagegen würde eine freiwillige Veräußerung des verpfändeten Grundstücks, mit Vorbehalt des Rechtes, die auf den Namen des Veräußerers umgeschriebene Forderung an Andere noch abtreten zu dürfen, nicht unstatthaft erscheinen, da nach §§ 408. 444 nur Concurs und Zwangsversteigerung dieses Recht aufheben. Bei einer nach §§ 442—444 sonst zulässigen Abtretung kommt auf den Rechtsgrund der letzteren etwas nicht an; sie kann auch zur Ausführung einer Schenkung dienen[1].

Schließlich ist noch darauf aufmerksam zu machen, daß es in dem § 442 gedachten Falle nach dem B. G.-B. nicht erst, wie nach dem Gesetze v. 6. November 1843, einer Cession des befriedigten Gläubigers an den Eigenthümer bedarf, der letztere vielmehr das Recht, die Umschreibung auf seinen Namen zu verlangen, unmittelbar durch die Befriedigung des ersteren erwirbt.

Uebrigens vergl. man zu § 442 die Bemerkungen zu §§ 447 und 449.

---

§ 443. Auch in anderen Fällen, wo sich das Eigenthum des verpfändeten Grundstücks und die eingetragene Forderung in einer Person vereinigen, hat der Eigenthümer als Pfandgläubiger das Recht, die Forderung Anderen abzutreten.

---

§ 444. Hat der Eigenthümer in den in §§ 442. 443 angegebenen Fällen die Forderung nicht abgetreten und erfolgt die Zwangsversteigerung des Grundstücks, so wird der Uebergang der Forderung auf den Eigenthümer den späteren hypothekarischen Gläubigern gegenüber wirkungslos.

Zu diesem und dem vorigen § ist lediglich auf die Bemerkungen zu § 442 zu verweisen.

---

§ 445. Wenn der Pfandgläubiger vom Pfandschuldner Zahlung der Schuld anzunehmen verbunden ist, so kann ein Dritter mit Einwilligung des Pfandschuldners dem Pfandgläubiger Zahlung leisten, und er tritt dadurch in die Forderung des Letzteren ein.

Motive. In diesem und dem nächsten § sind die §§ 95—98 des Gesetzes v. 6. Novbr. 1843 wiederholt.

---

1. Vergl. hierzu Siebenhaar in der Zeitschrift f. Rechtspflege 2c. Bd. 31, S. 385.

Das in diesem § behandelte Eintretungsrecht unterscheidet sich von dem im folgenden § erwähnten Ablösungsrechte im Allgemeinen dadurch, daß es nicht wie dieses blos von einem (vorangehenden oder nachstehenden) Hypothekengläubiger, und ohne Zustimmung des Eigenthümers, sondern von jedem Dritten, und nicht blos, wenn die Zwangsversteigerung bereits bevorsteht, sondern sobald der Gläubiger die Zahlung anzunehmen verbunden ist, aber nie ohne Einwilligung des Eigenthümers ausgeübt werden kann.

---

§ 446. Soll ein Pfand auf Antrag eines Pfandgläubigers verkauft werden, so kann ohne dessen und des Pfandschuldners Einwilligung jeder andere Pfandgläubiger die Forderung jenes Pfandgläubigers durch dessen Befriedigung ablösen und dadurch erwerben. Wollen mehrere Pfandgläubiger ablösen, so hat Derjenige, dessen Pfandrecht jünger ist, den Vorzug vor Demjenigen, dessen Pfandrecht älter ist.

Daß man bei einer Concurrenz mehrerer Ablösungsberechtigten dem letztstehenden den Vorzug eingeräumt, beruht auf der Erwägung, daß für diesen eine zur Unzeit vorgenommene Zwangsversteigerung den erheblicheren Nachtheil zur Folge haben kann. Uebrigens ist nach dem § anzunehmen, daß das Ablösungsrecht erworben ist, sobald unter der daselbst angegebenen Voraussetzung der betreffende Pfandgläubiger, dasselbe ausüben zu wollen, bei der Grund- und Hypothekenbehörde erklärt hat; ein späteres Zurückziehen des Antrags auf Zwangsversteigerung kann also das einmal erworbene Recht nicht aufheben.

---

§ 447. Wer das in §§ 445. 446 angegebenen Eintretungs- oder Ablösungsrecht ausüben will, muß die Zahlung dergestalt leisten, daß die Pfandforderung, selbst wenn sie theilweise nicht fällig ist, doch ganz getilgt wird. Bei unbegründeter Weigerung der Annahme von Seiten des Pfandgläubigers kann Derjenige, welcher Zahlung leisten will, den Betrag der Schuld gerichtlich niederlegen.

Der § erfordert sowohl beim Gebrauche des Eintretungsrechtes wie bei dem des Ablösungsrechtes vollständige Zahlung oder Deposition der Pfandforderung, auch dann, wenn diese zum Theil noch nicht fällig ist[1]. Hieraus folgt, daß bei Forderungen, welche in Terminen zu zahlen sind, das Eintretungsrecht zwar ausgeübt werden kann, in so fern nicht die Bestimmung des § 449 dazwischen tritt, daß aber, wenn die Ausübung nicht ohnedieß erst bei der letzten, sondern bei einer früheren Terminzahlung erfolgen soll, außer der gerade betagten, auch die noch nicht betagte Rate vollständig an den Gläubiger bezahlt, bezüglich deren Gesammtbetrag deponirt werden muß. Dieß gilt (abgesehen von der Deposition) auch von dem im § 442 dem Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks eingeräumten Eintretungsrechte.

---

1. Soll also bei einer, wegen Zinsrückständen beantragten Zwangsversteigerung das Ablösungsrecht ausgeübt werden, so muß (wenn es sich nicht um einen besonders eingetragenen quantificirten Zinsrest handelt) auch das Capital bezahlt werden. Das Eintretungsrecht kann wegen Zinsen als Nebenforderung nicht ausgeübt werden.

§ 448. Durch Ausübung des Eintretungs- oder Ablösungsrechtes wird das Recht auf Uebergang der Hypothek des befriedigten Gläubigers und auf Umschreibung im Hypothekenbuche erworben.

---

§ 449. Ist eine Forderung im Hypothekenbuche so eingetragen, daß die Zahlung in Terminen erfolgen und die Hypothek wegen jeder Terminzahlung gelöscht werden soll, so kann von dem in §§ 442. 445 gedachten Rechte auf Umschreibung im Hypothekenbuche nur bei der letzten Terminzahlung Gebrauch gemacht werden.

Nach Inhalt der §§ 442 und 445 ist, wie bereits bemerkt, in der Regel die Ausübung der daselbst erwähnten Rechte auch bei Forderungen zulässig, welche in terminlichen Zahlungen abzutragen und von denen noch nicht sämmtliche Termine betagt sind; der Gläubiger muß sich also, wenn auch nur der eine Termin betagt ist, dennoch die Bezahlung des gesammten noch unberichtigten Forderungsbetrages gefallen lassen. Eine Ausnahme hiervon ist durch den § 449 zu Gunsten eines Gläubigers gemacht worden, welcher sich, um eine bleibendere Capitalanlage und nach und nach eine möglichst sichere Hypothek zu erlangen, die Bedingung gestellt hat, daß die Hypothek bei jeder Terminzahlung gelöscht werden soll, welchenfalls das Eintretungsrecht erst geltend gemacht werden kann[1], wenn die letzte Zahlung fällig worden ist.

XI. Erlöschung der Hypothek.

§ 450. Die auf einem Grundstücke haftenden Hypotheken erlöschen, wenn dasselbe untergeht.

Motive. Dieser § findet keine Anwendung auf Gebäude, weil auch nach deren gänzlicher Zerstörung die Hypothek an der area haftet und nach Wiederaufbau der Gebäude auch diese afficirt. Wegen der Frage, in wie weit der hypothekarische Gläubiger beim Untergange der verpfändeten Sache Ansprüche auf die dem Eigenthümer der Sache zu gewährende Entschädigung habe, sind zu vergleichen §§ 421. 1524 des Entwurfs (§ 410. 1494 des B. G.-B.).

Zu bemerken ist, unter Hinweis auf die Motive zu § 410, daß die Brandvergütungsgelder nach den bisherigen Gesetzen als Pertinenz der area, welche von der Hypothek mit

---

1. Andere vertragsmäßige und eintragsfähige Beschränkungen des Eintretungsrechts als die im § 449 gedachte, erwähnt das B. G.-B. nicht; es würde jedoch eine Vereinbarung des Eigenthümers mit einem Gläubiger bei der Bestellung der Hypothek, daß das in § 445 erwähnte Eintretungsrecht in Bezug auf die Forderung dieses Gläubigers nicht ausgeübt, oder das von dem Verpfänder zum Besten eines Hypothekengläubigers abgegebene Versprechen, daß von dem in §§ 442. 443 gedachten Eintretungsrechte in Bezug auf eine diesem Gläubiger vorangehende Forderung, kein Gebrauch gemacht werden solle, nicht blos unter den Paciscenten gültig, sondern auch zur Eintragung in das Hypothekenbuch behufs ihrer Wirksamkeit gegen Dritte, geeignet sein. Man vergl. § 149 der Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865.

ergriffen wird, betrachtet zu werden pflegen [1]. Die näheren Bestimmungen über die Rechte der Hypothekengläubiger an der Brandentschädigungssumme und die Wahrnehmung dieser Rechte bei dem Wiederaufbau der abgebrannten Gebäude sind in den, das Immobiliarbrandcassenwesen betreffenden politischen Gesetzen zu finden [2].

---

§ 451. Ist eine Forderung so eingetragen, daß die Hypothek nur auf Zeit bestehen soll, so erlöscht sie mit deren Ablaufe, dafern nicht vorher Concurs zum Vermögen des Eigenthümers des Grundstücks eröffnet, oder die Pfandklage bei Gericht angebracht und eine die Concurseröffnung oder die Anbringung der Klage betreffende Eintragung im Hypothekenbuche bewirkt worden ist. Läßt der Gläubiger den Rechtsstreit über drei Monate liegen, so kann jeder Betheiligte Löschung der die Anbringung der Klage betreffenden Eintragung verlangen. Die Verlängerung oder Erneuerung einer auf Zeit bestellten Hypothek gilt als Bestellung eines neuen Pfandrechtes und ist als solches einzutragen.

Motive. Hier ist darauf aufmerksam zu machen, daß man hier und in allen ähnlichen Fällen schon der Anbringung der Klage die Wirkung, die Forderung zu perpetuiren, beigelegt hat, weil von dem Gläubiger etwas Weiteres nicht verlangt werden kann, als daß er vor Ablauf der der Hypothek gegebenen Dauer mit der Klage hervortritt, wogegen ihm darauf, daß die Behändigung derselben an den Gegner noch zeitig erfolge, jeder Einfluß versagt ist. Die auf Zeit bestimmte Hypothek erlöscht mit Ablauf der Zeit ipso jure und hieran wird auch durch die Möglichkeit einer Perpetuirung derselben etwas nicht geändert, weil die in das Hypothekenbuch eingetragene Bemerkung der erfolgten Klagerhebung im Falle des Liegenlassens des Rechtsstreites wiederum zu löschen ist und sich aus dieser Löschung sofort auch die Erlöschung der Hypothek selbst ergiebt.

Die Bestimmung wegen der Concurseröffnung stimmt mit dem § 150 des Gesetzes vom 6. November 1843 überein.

Der § enthält von den Worten „dafern nicht ꝛc." einen Zusatz zum § 101 des Gesetzes vom 6. November 1843.

Nach § 1 des Gesetzes vom 8. Juli 1868, einige Bestimmungen über den Concurs der Gläubiger betreff., werden zwar im Concurse die Real- und Hypothekengläubiger abgesondert von anderen Gläubigern aus dem ihnen verhafteten Grundstücke befriedigt; die im § 451 in Bezug auf den Concurs getroffene Bestimmung ist aber in jenem Gesetze nicht aufgehoben, und muß daher um so mehr noch immer gelten, als auch gegenwärtig

---

1. Vergl. Annalen Bd. 3, S. 407 und Bd. 7, S. 396 und § 92 des neuesten Gesetzes über das Immobiliarbrandversicherungswesen vom 23. August 1862 (G.- u. V.-Bl. 1862. S. 339), sowie über dieses Annalen N. F. Bd. 4, S. 536.

2. Vergl. das cit. Gesetz §§ 92—97. 101 folg. 112. 113 und in Betreff der Frage: haben die Hypothekengläubiger im Falle der Brandstiftung und Inbrandsteckung eigener Gebäude (Artt. 208. 210 des Strafgesetzbuches) oder eines durch Explosionen verursachten Brandes (Art. 214) Anspruch auf die Entschädigungsgelder? — die Bestimmungen in §§ 121—126. Die in den vorbemerkten älteren Entscheidungen über diese Frage entwickelten Ansichten beruhen noch auf dem Gesetze vom 14. November 1835. §§ 81—85 (G.- u. V.-Bl. 1835. S. 523).

(vergl. § 3 des a. Gesetzes) die Eröffnung des formellen Concurses zumeist die Zwangsversteigerung der dem Gemeinschuldner zugehörigen Immobilien zur Folge haben wird. Kommt außerhalb des Concurses das Grundstück auf Antrag eines anderen Gläubigers vor Ablauf der für die Dauer einer Hypothek festgesetzten Frist zur Zwangsversteigerung, so behält diese Hypothek bei der Vertheilung der Erstehungsgelder ihre volle Wirksamkeit.

---

§ 452. Die Zwangsversteigerung eines Grundstücks hat zur Folge, daß mit der Eintragung derselben sämmtliche auf dem Grundstücke haftende Hypotheken erlöschen.

Die Zwangsversteigerung hat auch die Folge, daß die eingetragenen noch nicht fälligen Forderungen zahlbar werden. Dieß begründet aber an und für sich allein noch keinen Verzug des Schuldners und keinen Anspruch auf Verzugszinsen. Es hat vielmehr, zufolge der Vorschrift in § 720 des B. G.-B. und § 22 des schon citirten Gesetzes vom 30. Juni 1868, der Hypothekengläubiger, dessen Forderung noch nicht fällig und unzinsbar oder mit weniger als fünf vom Hundert jährlich zu verzinsen ist, sich den Abzug eines Zwischenzinses, welcher nach den Regeln des § 720 zu berechnen ist, gefallen zu lassen, dafern er nicht auf die Befriedigung aus den Erstehungsgeldern verzichten will. Ueber die Berichtigung bedingter Forderungen vergl. man Annalen N. F. Bd. 3, S. 159 folg.

---

§ 453. In anderen Fällen, als den in §§ 450. 451. 452 angegebenen, erlöscht die Hypothek nur durch Löschung der Forderung im Hypothekenbuche.

Wenn auch in den §§ 450. 451. 452 erwähnten Fällen die Hypothek ohne formelle Löschung wegfällt, weil sich das Erlöschen derselben auch ohne solche aus dem Hypothekenbuche ergiebt, so wird doch der Ordnung und Uebersichtlichkeit halber in den §§ 451. 452 gedachten Fällen die formelle Löschung als zweckmäßig erscheinen.

XII. Rechtsgründe zur Löschung der Hypothek.

§ 454. Ist eine Forderung unter einer auflösenden Bedingung eingetragen worden, so kann nach Eintritt derselben Löschung verlangt werden.

Die auflösende Bedingung kann die Forderung selbst und die Hypothek oder auch nur das Pfandrecht betreffen. Die förmliche Löschung ist hier nothwendig, weil der Dritte den Eintritt der Resolutivbedingung aus dem Hypothekenbuche nicht ersieht. Die Eintragung einer suspensiv bedingten Hypothek ist nach dem Ingrossationssysteme nicht denkbar, weil die Hypothek durch die Eintragung allemal entsteht; wegen einer suspensiv bedingten Forderung kann eine Hypothek eingetragen werden, vergl. §§ 370. 434. In diesem Falle giebt der Nichteintritt der Bedingung einen Rechtsgrund auf Löschung.

---

§ 455. Verzicht auf die Hypothek giebt im Falle der Annahme desselben einen Rechtsgrund zur Löschung.

Motive. Durch den § wird die Gültigkeit einer Löschung, welche in Folge einer nicht acceptirten Verzichtleistung des Gläubigers erfolgt, nicht aus-

geschlossen, indem in diesem Falle die Hypothek mit ihrer Löschung wegfällt und ohne Einwilligung des Grundstückseigenthümers nicht wieder hergestellt werden kann; unbeschadet übrigens der etwaigen persönlichen Rechtsverhältnisse unter den Betheiligten.

Die Fassung des § weist nach, daß der auf die Hypothek beschränkte, der Acceptation ebenfalls bedürfende Verzicht den Fortbestand der persönlichen Verpflichtung des Schuldners nicht aufhebt. Nur die durch das Eigenthum des verpfändeten Grundstücks bedingte persönliche Verpflichtung des jeweiligen Eigenthümers (§ 432) würde schon durch die Aufgabe der Hypothek wegfallen. Ueber den Verzicht auf die Hypothek an Trennstücken vergl. § 420.

Man vergl. hierzu auch noch §§ 134. 135.

---

§ 456. Die Abtretung einer in das Hypothekenbuch eingetragenen Forderung mit der Erklärung, die Hypothek nicht mit übertragen zu wollen, gilt als Verzicht auf die letztere.

Diese Bestimmung entspricht dem im § 438 enthaltenen Grundsatze, daß eingetragene Forderungen nicht unter Vorbehalt der Hypothek abgetreten werden können und auch der an sich durch das Ingrossationssystem nicht allenthalben aufgehobenen accessorischen Bestimmung des Pfandrechtes. Die Abtretung der Forderung ohne die Hypothek würde aber nur die Forderung ohne alle Nebenrechte aus der Hypothek zum Gegenstande haben, was namentlich für die Anwendbarkeit des § 432 auf diesen Fall Einfluß hat.

---

§ 457. Die Einwilligung des Pfandgläubigers in die Veräußerung des verpfändeten Grundstücks, oder in weitere Verpfändung desselben, ingleichen die Annahme eines anderen Pfandes oder sonstiger Sicherheit, enthalten keinen Verzicht auf die Hypothek.

Motive. Dieser § extendirt den § 115 des Gesetzes vom 6. November 1843 auch auf den Fall, wo der Gläubiger ein anderes Pfand oder eine sonstige Sicherheit annimmt.

---

§ 458. Wenn sich das Eigenthum des verpfändeten Grundstücks und die eingetragene Forderung in einer Person vereinigen, so kann Löschung verlangt werden.

Motive. Diesem § correspondirt § 119 des Gesetzes v. 6. Nov. 1843, dem nächstfolgenden aber der § 116 des angegebenen Gesetzes, doch hat man, soviel den letzteren betrifft, durch die Fassung dem Mißverständnisse vorzubeugen gesucht, als verminderе sich mit der Summe der Forderung auch der Umfang der Hypothek.

Der §, welcher den Anspruch auf Löschung gestattet, schließt das in § 443 gedachte Recht des Eigenthümers, die Forderung auf seinen Namen umschreiben zu lassen, und dieselbe alsdann an einen Anderen abzutreten, natürlich nicht aus.

So lange die Abtretung noch nicht erfolgt ist, steht dem Eigenthümer jederzeit noch das Recht, die Löschung zu beantragen, zu.

---

§ 459. Wird die eingetragene Forderung durch Zahlung oder auf andere Weise gänzlich getilgt, so kann Löschung verlangt werden. Theilweise Tilgung der Forderung giebt einen Anspruch auf Abschreibung der getilgten Summe.

Zu verweisen ist auch hierbei auf das nach § 442 dem Eigenthümer (bei vollständiger Befriedigung des Gläubigers) neben dem Antrage auf Löschung zustehende Recht auf Umschreibung der Forderung auf seinen Namen und deren Abtretung an einen Anderen.

---

§ 460. Eine rechtskräftige Entscheidung gegen den Pfandgläubiger, welche auf Löschung einer in das Hypothekenbuch eingetragenen Forderung gerichtet ist, giebt einen Rechtsgrund zur Löschung.

Im Falle einer direct auf Löschung gerichteten rechtskräftigen Entscheidung würde die Löschung selbst von der Grund- und Hypothekenbehörde zu vollziehen, das ihr vorangehende executivische Verfahren aber vom Proceßrichter einzuleiten sein.

---

§ 461. Haften auf einem Grundstücke Hypotheken, deren jetzige Inhaber unbekannt sind, so kann der Eigenthümer nach Ablauf von dreißig Jahren von der letzten die Hypothek betreffenden Eintragung an, öffentliche Vorladung der Inhaber zum Behufe der Löschung verlangen. Tritt die Zahlungszeit erst nach der letzten Eintragung ein, oder ist nach derselben die Forderung durch Zinszahlung oder auf andere Weise anerkannt worden, so werden die dreißig Jahre erst von diesen Zeitpunkten an berechnet.

Motive. In diesem § ist die Vorschrift in § 123 des Gesetzes v. 6. Nov. 1843 wiederholt. Die behufs der Ermittelung der unbekannten Inhaber einer Hypothek gestattete Edictalcitation ist übrigens mit der Verjährung, welche bei Hypotheken ausgeschlossen ist, nicht zu verwechseln.

Das in diesem § gedachte Edictalverfahren soll nur dazu dienen, den unbekannten Gläubiger zu ermitteln, und wenn sich ein solcher nicht findet, die Löschung der Hypothek, wegen präsumtiver Erlöschung der Schuld, zu vermitteln. Meldet sich ein Berechtigter, so kann der Eigenthümer die Löschung der Hypothek nur dadurch erreichen, daß er den Beweis führt, es sei die Forderung durch Zahlung oder auf andere Weise als durch Verjährung des persönlichen Anspruchs getilgt. Mit der letzten Eintragung ist eine solche gemeint, welche sich unmittelbar auf die Forderung oder deren Inhaber bezieht[1].

---

§ 462. Eine eingetragene Forderung kann auf Grund einer Verjährung nicht gelöscht werden. Wegen verfallener wiederkehrenden Leistungen und verfallener Zinsen jeder Art kann, wenn die Klage darauf verjährt ist, ein Pfandrecht nicht mehr geltend gemacht werden.

---

1. Vergl. über dieses Edictalverfahren Annalen 2c. Bd. 6, S. 247 folg. 255. und N. F. Bd. 4, S. 68.

Die Vorschrift im ersten Absatze des § folgt, wie die Unverjährbarkeit des Eigenthums an Grundstücken, aus den Principien des Ingrossationssystems und entspricht der Bestimmung in § 28 des Gesetzes v. 6. November 1843.

---

§ 463. Aus den bisher erwähnten Löschungsgründen kann der Eigenthümer des Grundstücks Löschung dem Pfandgläubiger gegenüber verlangen, gegen welchen der Löschungsgrund eingetreten ist. Haben Dritte vor erfolgter Löschung der Forderung, auf Grund der Eintragung der letzteren, Rechte erworben, so kann ihnen gegenüber der Löschungsgrund nur geltend gemacht werden, wenn sie von demselben zur Zeit der Erwerbung ihrer Rechte Kenntniß gehabt haben.

Motive. Hierzu erwähnt man, daß es kein Bedenken haben kann, eine mala fides Desjenigen, welcher die Hypothek erwirbt, schon in der Kenntniß der Erlöschungsgründe zu finden, weil in diesem Falle der allgemeine Grundsatz, daß der Cessionar die Exceptionen, welche dem Cedenten entgegenstanden, gegen sich gelten lassen müsse, eintritt.

Die in diesem § enthaltenen, mit § 22 und 23 sub 4 des Ges. v. 6. Nov. 1843 übereinstimmenden Vorschriften beruhen ebenfalls auf dem Ingrossationssysteme und der Oeffentlichkeit der Hypothekenbücher. Gegen den Nachtheil, welcher ihn dadurch treffen kann, muß sich der Eigenthümer durch eine Verwahrung (Protestation) schützen. Uebrigens ist noch darauf aufmerksam zu machen, daß der Schwerpunkt des § in der Bestimmung dessen liegt, gegen welchen der Löschungsgrund geltend gemacht werden soll. Derjenige, welcher ihn geltend für sich machen kann, ist zunächst der Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks, dem zu diesem Behufe die Negatorienklage zusteht; unter geeigneten Umständen aber kann auch ein Dritter, z. B. der nachstehende Hypothekengläubiger, bei Vertheilung der Erstehungsgelder nach eingetretener Zwangsversteigerung des Grundstücks, oder der frühere Eigenthümer des letzteren, die Löschung zu fordern berechtigt sein. Vergl. Annalen Bd. 7, S. 316. N. F. Bd. 1, S. 215 und die Bemerkungen zu § 397.

---

§ 464. In Bezug auf verfallene wiederkehrende Leistungen und verfallene Zinsen jeder Art hat der dritte Inhaber der Forderung die Einrede der Zahlung gegen sich gelten zu lassen, obschon die Zahlung nicht im Hypothekenbuche bemerkt ist.

Die in diesem § von der Regel getroffene Ausnahme findet ihre Erklärung darin, daß das Hypothekenbuch über die Berichtigung oder die sonstige Verfügung über verfallene Zinsen und wiederkehrende Leistungen keine Auskunft geben soll.

---

§ 465. Ist eine Forderung aus einem nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgrunde, oder eine nichtige oder anfechtbare Forderung eingetragen, oder ist eine Löschung in Folge eines nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgrundes geschehen, so kann im ersten Falle Löschung der eingetragenen Forderung, im zweiten Falle Wiederherstellung der früheren Eintragung verlangt werden. Dieses Recht kann

nicht zum Nachtheile Dritter, welche auf Grund der erfolgten Eintragung oder der geschehenen Löschung Rechte erworben haben, ausgeübt werden, ausgenommen wenn dieselben zur Zeit der Erwerbung ihrer Rechte von der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Forderung oder des Rechtsgrundes zur Eintragung oder Löschung Kenntniß gehabt haben.

Man verweist hierbei auf die Bemerkungen zu § 463. Vergl. auch §§ 22. 23 sub 4. 6 des Gesetzes v. 6. Novbr. 1843, sowie die §§ 1502. 1515. 1530. 1538. 1546. 1550 des B. G.-B. Die Klage, mit welcher die Löschung in den § 468 erwähnten Fällen vom Eigenthümer gefordert werden kann, ist die Negatorienklage, oder auch eine persönliche Klage (condictio). Die Wiederherstellung einer aus einem nichtigen oder anfechtbaren Grunde gelöschten Forderung ist nicht durch Anstellung der Pfandklage zu erreichen, weil das Pfandrecht durch die Löschung aufgehoben wird und die hypothekarische Klage auch an sich nach § 424 einen ganz andern Zweck verfolgt, sondern durch eine persönliche Klage, welche aber auch gegen den im unredlichen Glauben befindlichen Dritten statthaft ist und bei diesem in der unredlichen Handlung ihre Begründung findet.

Dritter Abschnitt.

Pfandrecht an beweglichen Sachen.

I. Entstehung des Faustpfandes.

§ 466. Das Pfandrecht an einer beweglichen Sache entsteht als Faustpfand in Folge einer auf dessen Begründung gerichteten Willenserklärung oder richterlichen Entscheidung durch Uebergabe der Sache an den Gläubiger oder für ihn an einen Dritten.

Motive. Durch die Worte: „oder für ihn an einen Dritten" hat nicht sowohl der Fall getroffen werden sollen, wo der Dritte lediglich als Stellvertreter des Gläubigers erscheint (welcher Fall an sich nicht zweifelhaft ist), als vielmehr der Fall, wo das Faustpfand dem Dritten als Depositar übergeben wird.

Wie bereits zu § 369 bemerkt worden ist, hat nach dem B. G.-B., welches in so weit mit den Vorschriften des älteren Sächs. Rechtes (Erl. Pr.-O. ad tit. XLIV. § 2) übereinstimmt, das Recht des Faustpfandgläubigers nur noch die Eigenschaft eines qualificirten Retentionsrechts, welches dem Gläubiger zwar die Besitzklage (§ 208 des B. G.-B.) und die Befugniß, das Faustpfand zu seiner Befriedigung zu veräußern, aber nicht die Pfandklage gegen den dritten Besitzer verleiht. Die Uebergabe des Pfandes und der Besitz desselben sind die wesentlichen Erfordernisse für die Entstehung und die Fortdauer dieses Pfandrechtes.

Zu den Willenserklärungen, durch welche ein Faustpfand begründet werden kann, gehören letztwillige Verfügungen, nur entsteht das Pfandrecht selbst auch in diesem Falle nur durch Uebergabe der Pfandsache (vergl. § 385).

Aus den Schlußworten des § 466 und dem Inhalte der §§ 471. 472 ergiebt sich zugleich, daß auch mehrere Pfandrechte gleichzeitig oder successiv an derselben beweglichen

Sache bestellt werden können, wenn entweder einer von den Gläubigern oder eine dritte Person die Sache für die sämmtlichen Pfandgläubiger inne hat[1].

---

§ 467. Soll der Verpfänder die Sache für den Pfandgläubiger inne behalten, so entsteht kein Faustpfand.

Motive. Diesen §, welcher vielleicht für selbstverständlich angesehen werden könnte, hat man beigefügt, um jeden Zweifel darüber zu beseitigen, daß die zu Entstehung des Faustpfandes erforderliche Uebergabe nicht durch ein constitutum possessorium ersetzt werden kann.

Die Uebergabe muß eine traditio vera sein und durch eine den Vorschriften des § 199 entsprechende Handlung so geschehen, daß der Gläubiger oder der Dritte, bei welchem die Sache für den Gläubiger deponirt werden soll, den Besitz thatsächlich ergreift und die Sache in seinen Gewahrsam bekommt. Ist der Gläubiger bei der Verpfändung bereits Inhaber der Sache, so genügt nach § 468 die Vereinbarung der Betheiligten, daß der Gläubiger die Sache als Pfand behalten solle[2].

---

§ 468. Der Uebergabe einer Sache als Pfand steht gleich, wenn durch ein Rechtsgeschäft bestimmt wird, daß sich die auf einem anderen Grunde beruhende Inhabung einer Sache in eine Inhabung derselben als Pfand verwandeln soll.

Motive. In diesem § sind die Fälle der traditio brevi manu gemeint, wo der Pfandgläubiger die Sache, welche verpfändet werden soll, bereits besitzt und dessen Besitz in einen Besitz als Pfand verwandelt wird; z. B. wenn der Verkäufer die verkaufte Sache bis zur Bezahlung des Kaufpreises als Pfand inne behält oder wenn bestimmt wird, daß der Miether einer Sache diese als Pfand behalten soll.

Nach der Bestimmung des § und der Bemerkung in den Motiven ist bei der Veräußerung einer beweglichen Sache ein pactum reservati dominii mit der Wirkung einer Pfandbestellung (vergl. § 292) zulässig und ausführbar, wenn der Veräußernde die Sache als Pfand inne behält, oder dieselbe in dieser Eigenschaft bei einem Dritten deponirt wird.

---

§ 469. Nur der Eigenthümer der Sache, oder deren rechtmäßiger und redlicher Besitzer, Letzterer jedoch unbeschadet der Rechte des Eigenthümers, kann ein Faustpfand bestellen.

Motive. Nach diesem § kann auch der bonae fidei possessor die Sache zum Faustpfande übergeben, jedoch unbeschadet der Rechte des Eigenthümers.

---

1. Auch nach dem älteren Rechte der Erl. Proc.-Ordn. würde die Bestellung mehrerer Faustpfandrechte auf diese Weise statthaft gewesen sein; vergl. Curtius, Civilrecht. § 1065. not. g.

2. Ueber Fälle, in welchen eine den Pfandbesitz begründende Uebergabe nicht angenommen werden kann, vergl. Annalen Bd. 7, S. 76. 77. Von der Bestellung eines Faustpfandes unter Kaufleuten und dem sog. kaufmännischen Retentionsrechte handeln §§ 309 folg. des Handelsgesetzbuches.

Dieß hat seinen Grund in nachstehender Erwägung. Der bonae fidei possessor ist in so weit, als ihm die Publiciana in rem actio zusteht, unzweifelhaft berechtigt, die Sache zum Faustpfande zu übergeben. Nun ist es zwar möglich, daß die von demselben unternommene Pfandbestellung durch den Eigenthümer unwirksam gemacht werden kann. Allein dieß hat auf die Frage, ob die Pfandbestellung an sich gültig sei oder nicht, keinen Einfluß.

Der rechtmäßige und redliche Besitzer einer beweglichen Sache hat, so lange dieser Zustand dauert, obwohl unbeschadet der besseren Rechte des wirklichen Eigenthümers oder Dritter, die Rechte des Eigenthümers. Die von ihm ausgegangene Verpfändung der beweglichen Sache ist daher gegen Diejenigen wirksam, gegen welche dem Verpfänder selbst die Publicianische Klage zustehen würde (vergl. § 325 folg.).

---

§ 470. Die Verpfändung einer fremden Sache ist gültig, wenn sie mit Einwilligung des Eigenthümers geschieht, oder von ihm genehmigt wird, ingleichen wenn der Verpfänder Eigenthümer der Sache, oder der Eigenthümer Erbe des Verpfänders wird.

Motive. Dieser § umfaßt mit den Worten: „wenn der Verpfänder Eigenthümer der Sache wird" auch den Fall, wenn Jemand eine Sache, auf welche er erst einen persönlichen Anspruch hat, z. B. eine ihm verkaufte, jedoch noch nicht übergebene, Sache verpfändet hat, und die Frage entsteht, ob das Pfandrecht schon von der Bestellung an entstanden sei. Auf die Fälle, in welchen Personen das Befugniß haben, Sachen Anderer zu verpfänden, oder aus concludenten Handlungen die Pfandbestellung zu folgern ist, war hier keine Rücksicht zu nehmen.

Das B. G.-B. entscheidet in diesem und dem § 472 die in Betreff der Verpfändung fremder Sache gemeinrechtlich [1] bestehenden Controversen durch Aufstellung specieller und erschöpfender Regeln. Die in den Motiven angedeutete Frage, in wiefern Jemand berechtigt sei, die Sache eines Andern zu verpfänden, gehört in die Lehre von der Verwaltung und Benutzung fremden Vermögens.

II. Anfang des Pfandrechtes.

§ 471. Das Faustpfand beginnt mit der Uebergabe des Pfandes an den Pfandgläubiger, wenn die zu sichernde Forderung bereits entstanden ist. Bei künftigen Forderungen beginnt, der früher geschehenen Uebergabe des Pfandes ungeachtet, das Pfandrecht erst mit dem Eintritte der Wirksamkeit der Forderung.

Motive. Soviel diesen § anlangt, so ist zunächst darauf aufmerksam zu machen, daß von den bedingten Obligationen diejenigen Obligationen zu trennen sind, welche gleich von Anfang an mit der Begründung des Verhältnisses entstehen, jedoch in so fern ungewiß sind, als sich nicht gleich Anfangs übersehen läßt, ob Ansprüche aus denselben entstehen und wie hoch diese Ansprüche sein werden. Für diese letztere Art von Obligationen können gleich Anfangs Faust-

1. Vergl. Dernburg, § 28 folg.

pfänder gültig bestellt werden, wie z. B. Dienstcautionen. Dagegen hat man, wenn für eine bedingte Obligation ein Pfand bestellt wird, die Wirksamkeit des Pfandrechtes erst auf die Zeit des Eintritts der Bedingung gesetzt, selbst wenn das Pfand vorher übergeben worden ist. Von großer praktischer Wichtigkeit ist dieser Satz, da das Faustpfand keine Pfandklage gegen Dritte giebt, nicht, und es mag hier nur noch darauf hingewiesen werden, daß man nicht etwa aus dem obigen § folgern kann, es sei Derjenige, welcher ein Pfand für eine bedingte Obligation bestellt hat, berechtigt, pendente conditione das Pfand zurückzufordern, indem demselben jedenfalls die exceptio pacti entgegensteht.

Ueber den Begriff der künftigen und bedingten Forderungen sind die, auch auf den vorliegenden § anwendbaren, Bemerkungen zu § 370 zu vergleichen. Die Bestimmung im zweiten Satze des § 471 bezieht sich im Allgemeinen auf künftige, d h. noch nicht bestehende Obligationen, zu denen erstens Forderungen, deren Wirksamkeit von dem Eintritte einer aufschiebenden Bedingung abhängt, und zweitens solche Forderungen gehören, deren künftige Existenz die Betheiligten nur voraussetzen, ohne daß gegenwärtig irgend ein obligatorisches Verhältniß zwischen ihnen besteht. In diesen Fällen beginnt das Faustpfandrecht, ohnerachtet der schon früher erfolgten Uebergabe der Pfandsache, erst wenn die Forderung entsteht. Bei Forderungen, die bereits — sei es auch unter einer auflösenden Bedingung — bestehen und bei den im Eingange der Motive erwähnten Obligationen tritt das Pfandrecht mit der Uebergabe der Sache zum Pfande in Wirksamkeit.

---

§ 472. Ist eine fremde bewegliche Sache als Pfand übergeben worden, so kann das Pfandrecht nicht eher beginnen, als wenn der Eigenthümer die Verpfändung genehmigt oder Erbe des Verpfänders, oder der Verpfänder Eigenthümer der verpfändeten Sache wird. Unter mehreren Pfandrechten an derselben fremden Sache wird es bei dem Eintritte des einen oder des anderen dieser Ereignisse so angesehen, als wären sie zu der Zeit, wo sie der Nichteigenthümer einräumte, bestellt worden.

Motive. Zu dem Schlußsatze dieses § ist zu bemerken, daß, soviel die Convalescenz durch Ratihabition des Eigenthümers betrifft, die mehreren Pfandrechte gleichzeitig ratihabirt werden müssen, indem, wenn die Ratihabition zu verschiedenen Zeiten erfolgt, das früher ratihabirte Pfandrecht dem später ratihabirten vorgeht.

Durch diesen § ist dem Eintritte der Ereignisse, durch welche die Verpfändung einer fremden beweglichen Sache convalescirt, in so fern eine rückwirkende Kraft beigelegt worden, als die Priorität unter mehreren Pfandrechten sich nach der Zeit, wo ein jedes derselben eingeräumt worden ist, richtet[1]. Diese Bestimmung berechtigt zugleich zu der Annahme, daß nach der Absicht des Gesetzgebers dieselbe bewegliche Sache gleichzeitig oder nach und nach mehreren Gläubigern verpfändet werden kann. Wie dieß, unbeschadet des Grundsatzes, daß das Faustpfandrecht nur durch Uebergabe entstehen kann, auszuführen ist, hat man bereits zu § 466 gezeigt.

---

1. Gemeinrechtlich ist diese Frage von Alters her bestritten; vergl. Dernburg a. a. O. § 29 folg. und die dort Bd. 1, S. 247 not. 16. 17 angegebene Literatur.

III. Umfang des Pfandrechtes.

§ 473. Die verpfändete Sache haftet für die Forderung, zu deren Sicherung sie dienen soll, für Nebenansprüche, Zinsen jeder Art, Schäden, Kosten der Kündigung und der Einklagung der Forderung, und für Verwendungen auf die Sache. Ist ein Faustpfand für eine fremde Schuld bestellt, so haftet dasselbe für die Nebenansprüche nur nach den Vorschriften in §§ 1456. 1457.

Motive. In der Verpfändung einer Sache für eine fremde Schuld liegt eine Bürgschaft, daher ist deren Umfang nach der Vorschrift in §§ 1485. 1486 des Entwurfs (§§ 1456. 1457 des B. G.-B.) zu beurtheilen.

Die in diesem § erwähnte Bestellung eines Faustpfandes für eine fremde Schuld ist zu unterscheiden von der Verpfändung einer fremden Sache, welche der Eigenthümer der letzteren genehmigt hat. Im ersteren Falle will der Eigenthümer dem Gläubiger nur eine, unter den Gesichtspunkt der Bürgschaft fallende Sicherheit geben, im letzteren dagegen ratihabirt er die Verfügung des Schuldners, welcher das Pfand für seine eigene Schuld bestellt, und muß daher bei vorbehaltloser Ratihabition auch das Pfandrecht in dem Umfange anerkennen, in welchem es der Schuldner eingeräumt hat.

IV. Wirkungen des Pfandrechtes.

§ 474. Der Pfandgläubiger ist berechtigt, das Faustpfand so lange zu besitzen, bis er vollständige Befriedigung wegen der gesicherten Forderung erlangt hat.

Motive. Nach diesem § in Verbindung mit § 490 des Entwurfs (§ 479 des B. G.-B.) reducirt sich das Recht des Faustpfandgläubigers auf ein sog. qualificirtes Retentionsrecht, wie dieß schon bisher nach der Erl. Pr.-O. ad tit. XLIV. § 2 der Fall war. Daß dem Pfandgläubiger die Besitzklagen zustehen, ergiebt sich aus § 196 in Verbindung mit § 219 des Entwurfs (§ 208 des B. G.-B.).

Der in den Motiven citirte § 196 des Entwurfs ist auf Antrag der ständischen Deputationen ausgefallen und statt dessen dem § 219 des Entwurfs (§ 208 des B. G.-B.) ein Zusatz gegeben worden, nach welchem die Besitzklage auch dem Faustpfandgläubiger zusteht. (Man vergl. die Bemerkungen zu § 208). In diesem Sinne wird die Inhabung des Faustpfandgläubigers als Besitz bezeichnet.

---

§ 475. Während des Besitzes hat der Pfandgläubiger die Rechte und Verbindlichkeiten des Verwahrers einer fremden Sache. Derselbe darf das Pfand ohne Einwilligung des Verpfänders nicht weiter verpfänden.

Motive. In wie weit auf Sequestration des Pfandes angetragen werden kann, wenn der Pfandgläubiger seine Befugnisse überschreitet, ist in der Proceßordnung zu bestimmen; hier war blos im Allgemeinen festzusetzen, daß der Gläubiger die Rechte und Verbindlichkeiten des Verwahrens einer fremden Sache habe.

Zu diesem § vergl. man die §§ 728. 1266. 1445 des B. G.-B. Der Schlußsatz ist auf Antrag der ständischen Deputation aufgenommen worden; vergl. Dep.-Bericht

der I. Kammer, Beil. z. 2. Abth. Bd. 3, S. 386 und der II. Kammer, Beil. z. 3. Abth. Bd. 3, S. 792.

---

§ 476. Ohne Einwilligung des Verpfänders darf der Pfandgläubiger das Faustpfand nicht benutzen. Wird eine fruchtbringende Sache verpfändet, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dem Pfandgläubiger die Erhebung der Früchte gestattet sei.

Motive. Dieser § unterscheidet zwischen dem Rechte, die verpfändete Sache zu benutzen und dem Rechte, von einer fruchtbringenden Sache die Früchte zu ziehen. In Beziehung auf ersteres wird bestimmt, daß dasselbe dem Gläubiger im Zweifel nicht zustehe. Ausgeschlossen sind dadurch nicht die Fälle, in welchen die Benutzung der Sache zu Erhaltung der Sache nöthig ist, z. B. wenn ein verpfändetes Pferd, damit es nicht beim fortgesetzten Stehen im Stalle erkrankt, ausgeritten, oder ein Jagdhund, damit er nicht die Dressur verliert, zur Jagd gebraucht, oder eine Uhr durch Aufziehen im Gange erhalten wird. Hat der Pfandgläubiger die Sache widerrechtlich benutzt, so ist er dafür verantwortlich. Ist ihm die Benutzung der Sache gestattet und hat er dieselbe einem Anderen miethweise überlassen, so ist er verbunden, über die dadurch gewonnenen fructus civiles, welche er sich auf seine Forderung abrechnen zu lassen hat, Rechnung abzulegen. Auch kann unter Berücksichtigung der Umstände eine stillschweigende Ueberlassung der Benutzung der verpfändeten Sache an den Pfandgläubiger anzunehmen sein. Rücksichtlich des letzteren Rechts, nämlich des Rechts, von einer fruchtbringenden Sache die Früchte zu ziehen, liegen dem § folgende Principien zu Grunde:

a) die fructus pendentes sind als Bestandtheile der verpfändeten res frugifera mit dieser zugleich als verpfändet zu betrachten.
b) es gilt die Regel, daß die Früchte der res frugifera, wenn sie von der letzteren getrennt worden, dem Verpfänder gehören;
c) ist eine res frugifera zum Pfande übergeben worden, so spricht die Vermuthung dafür, daß der Pfandgläubiger die Früchte erheben kann.

Die Bestimmungen dieses § entsprechen den im § 244 über das Eigenthum an den Früchten aufgestellten Grundsätzen. Es folgt aus den ersteren, daß der Faustpfandgläubiger die als Bestandtheile der Pfandsache zu betrachtenden fructus pendentes mit der fruchttragenden Sache selbst behufs seiner Befriedigung veräußern kann. Hinsichtlich der getrennten Früchte, welche an sich dem Eigenthümer der Sache zufallen, tritt, in so fern die Betheiligten nicht etwas Anderes festsetzen, die Vermuthung ein, daß dem Gläubiger die Erhebung der Früchte (z. B. bei der Verpfändung von Bäumen, Pflanzen, Blumenstöcken in Kübeln) gestattet worden sei, infolge dessen er zwar das Eigenthum an den erhobenen Früchten erwirbt, jedoch den Werth derselben auf seine Forderung sich anrechnen zu lassen hat. Dem Gläubiger wird dadurch ein umfänglicheres Befugniß eingeräumt, als wenn er die getrennten Früchte nur als Pfand inne zu behalten hätte.

---

§ 477. Ist der Pfandgläubiger zur Erhebung von Früchten berechtigt, so hat er über dieselben Rechnung abzulegen und deren Betrag von seiner Forderung abzurechnen.

Motive. Dieser und der folgende § wiederholen im Wesentlichen die Bestimmungen der Dec. 22 vom Jahre 1746.

Die 22. Decision handelt zwar nur von verpfändeten Gütern, deren Anwendbarkeit auf bewegliche Sachen ist aber nach bisherigem Rechte nicht bezweifelt worden. Der § 477 betrifft übrigens nur die Fälle, wenn der Gläubiger entweder vermöge der zu § 476 gedachten Vermuthung, oder infolge einer ausdrücklich, aber ohne die im nächsten § gedachte Bestimmung, erfolgten Willenserklärung des Pfandbestellers, zur Erhebung der Früchte befugt ist. Ueber die Verbindlichkeiten bei der Rechnungsablegung selbst vergl. man §§ 1393 folg.

---

§ 478. Sind die Früchte der Sache dem Pfandgläubiger anstatt der Zinsen überlassen, so dienen sie, ohne daß es einer Rechnungsablegung bedarf, als Ersatz für die Zinsen, soweit nicht eine Umgehung von Zinsverboten bezweckt wird.

Dieser § behandelt den sog. antichretischen Vertrag, welchen das B. G.-B. nur bei dem Faustpfande erwähnt, weil der Hypothekengläubiger nach § 424 keinen Anspruch auf den Besitz des Grundstücks hat und somit der antichretische Vertrag bei Grundstücken zwar nicht unstatthaft oder unausführbar ist, aber doch selten vorkommen wird und in keiner näheren Beziehung zu dem Pfandrechte steht. Der Schlußsatz des § 478 hat durch das Gesetz vom 25. October 1864, die Aufhebung der Zinsbeschränkungen betr., seine Geltung verloren. Es kann jedoch nunmehr die Vorschrift in § 2 dieses Gesetzes zur Anwendung kommen, wenn die Früchte der Pfandsache dem Gläubiger einen größeren Vortheil, als die Verzinsung zu jährlich sechs Procent gewähren.

---

§ 479. Der Faustpfandgläubiger hat das Recht, die verpfändete Sache zu verkaufen. Eine Pfandklage, um sich den Besitz des Faustpfandes zu verschaffen, hat er nicht.

Motive. Dieser § hat die Bestimmung, anzuzeigen, daß das Faustpfand lediglich als ein qualificirtes Retentionsrecht zu betrachten ist.

Man verweist hier nur auf dasjenige, was über die Behandlung des Faustpfandes im B. G.-B. bereits früher bemerkt worden ist.

---

§ 480. Der Verkauf des Pfandes zur Befriedigung des Pfandgläubigers muß in öffentlicher Versteigerung durch eine hierzu verpflichtete Person geschehen. Handelswaaren können durch verpflichtete Mäkler um den gangbaren Marktpreis aus freier Hand verkauft werden.

Motive. Die Vorschriften dieses und des folgenden § finden ihre Rechtfertigung in den nothwendigen Rücksichten auf die Verkehrsverhältnisse. Zu erwähnen ist nur noch, daß der Pfandgläubiger nach Verkauf des Pfandes nicht blos den gelösten Kaufpreis, sondern auch alle Nebenvortheile, selbst den zufälligen Gewinn, insbesondere die etwaige arrha poenitentialis, den theilweisen Kaufpreis bei einer committirten lex commissoria u. s. w. in Rechnung zu stellen hat[1].

---

1. Besondere Bestimmungen über den Verkauf beim kaufmännischen Faustpfande enthält das Handelsgesetzbuch §§ 310. 311.

§ 481. Der Pfandgläubiger hat, wenn der Verpfänder oder ein Bevollmächtigter desselben an dem Orte der Zahlung der Schuld anwesend ist, vierzehn Tage vorher dem Verpfänder oder dessen Bevollmächtigtem anzuzeigen, daß zum Verkaufe des Faustpfandes geschritten werden soll. Wegen Unterlassung dieser Benachrichtigung kann zwar der in Gemäßheit des § 480 bewirkte Verkauf des Pfandes nicht angefochten werden, der Pfandgläubiger ist aber zum Ersatze der verursachten Schäden verpflichtet.

Der § erfordert die Anzeige des bevorstehenden Verkaufes nur, wenn der Gläubiger oder ein Bevollmächtigter desselben am Orte der Zahlung anwesend ist; entgegengesetzten Falles ist also der Verkauf ohne Anzeige gestattet, und der Pfandgläubiger, wenn er sonst ordnungsmäßig dabei verfährt, durch das Unterlassen der Anzeige einer Verantwortlichkeit gegen den Schuldner nicht ausgesetzt.

V. Uebertragung des Pfandrechtes.

§ 482. Durch Uebertragung der Forderung wird das Pfandrecht nur dann übertragen, wenn die Sache mit übergeben wird.

Motive. Die Vorschrift dieses § ist eine Consequenz des Principes, daß das Faustpfand lediglich als qualificirtes Retentionsrecht Wirkung hat; durch dieselbe wird der Frage, ob die Cession der Forderung zur Uebergabe des dafür bestellten Pfandes verpflichte, nicht vorgegriffen.

Ueber die am Schlusse der Motive berührte, das Verhältniß zwischen Cessionar und Cedenten betreffende Verhältniß, sind die §§ 386. 954 zu vergleichen.

---

§ 483. Die Vorschriften über das Eintretungsrecht in §§ 445. 447. 448 finden auf das Faustpfand analoge Anwendung.

Die Vorschriften in §§ 441—444. 446. 449 finden auf das Faustpfand keine Anwendung. Die analoge Anwendung der §§ 445. 447. 448 hat beim Faustpfande so zu geschehen, daß der Dritte, welcher unter der im § 445 angegebenen Voraussetzung das Eintretungsrecht ausüben will, die Pfandforderung, auch wenn sie theilweise noch nicht fällig ist, doch ganz bezahlt. Bei ungegründeter Weigerung der Annahme von Seiten des Pfandgläubigers kann er den Schuldbetrag gerichtlich deponiren. Durch diese Zahlung oder Deposition erwirbt er die Forderung des Pfandgläubigers und das Recht, die Aushändigung des Pfandes von diesem zu verlangen.

VI. Erlöschung des Pfandrechtes.

§ 484. Das Pfandrecht an beweglichen Sachen erlöscht in den Fällen, wo Hypotheken erlöschen, und da, wo ein Rechtsgrund zur Löschung einer Hypothek vorliegt, mit dem Vorhandensein dieses Rechtsgrundes.

Da bei dem Faustpfande die Gründe wegfallen, weshalb die accessorische Qualität des Pfandrechtes an Immobilien modificirt werden mußte, so ist es consequent, daß bei jenem in allen Fällen, wo bei der Hypothek nur ein Rechtsgrund zur Löschung eintritt, bei diesem das Pfandrecht ohne weiteres erlöscht. Ueber die einzelnen Gründe des Erlöschens vergl. man die §§ 450—460, welche, in so weit sie nicht ausschließlich auf die Hypotheken berechnet sind, auch beim Faustpfande gelten.

Eine Unverjährbarkeit der durch Faustpfand gesicherten Forderung ist nicht ausgesprochen. Man vergl. jedoch die Bemerkungen zu § 162, S. 192.

---

§ 485. Dem Untergange des Pfandes steht eine das Eigenthum aufhebende Aenderung der Sache gleich.

Motive. Dieser § bezieht sich insbesondere auf die Fälle der Specification. Ueber die Erlöschung des Eigenthumes in Folge einer eingetretenen Resolutivbedingung ist das zu § 410 des Entwurfs (§ 399 des B. G.-B.) Gesagte zu vergleichen.

Man vergl. auch noch § 291 und die Bemerkungen zu § 112.

---

§ 486. Das Faustpfand erlöscht, wenn der Pfandgläubiger dem Verpfänder die Sache zurückgiebt.

Motive. In diesem § ist ausgesprochen, daß die Rückgabe der Sache Seiten des Gläubigers an den Schuldner nicht als ein stillschweigender, durch einen Vorbehalt zu beseitigender Verzicht auf das Pfandrecht, sondern als ein in der Natur des Faustpfandvertrages selbst begründeter Erlöschungsgrund des Pfandrechts anzusehen ist. Endlich ist darauf aufmerksam zu machen, daß die l. un. Cod. etiam ob chirograph. pec. nicht mehr gilt.

Eine Rückgabe des Pfandes an den Verpfänder ist es nicht, wenn dieser den Besitz des Pfandes gegen den Willen des Gläubigers wieder erlangt hat. Denn in diesem Falle steht dem letzteren eine condictio auf Wiedererlangung des Besitzes zu, er würde aber auch die Rückgabe der verpfändeten Sache mit der Klage aus dem Pfandvertrage durchsetzen können. Hat aber bereits ein Dritter bona fide das Eigenthum an der Sache durch Tradition Seiten des Verpfänders erworben, oder ein Pfandrecht an derselben bestellt erhalten, so kann das Pfandrecht gegen diesen nicht mehr geltend gemacht werden.

VII. Pfandrecht durch Hülfsvollstreckung.

§ 487. Wird in dem Hülfsverfahren die Hülfe durch Beschlagnahme einer beweglichen Sache vollstreckt, so entsteht dadurch ein Pfandrecht. Der Verkauf des Pfandes geschieht durch das Gericht.

Motive. Hier war nur anzugeben, daß durch Hülfsvollstreckung ein Pfandrecht entsteht. Alles Uebrige mußte der Proceßordnung vorbehalten bleiben.

Gegenwärtig sind in dieser Beziehung noch die Vorschriften des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 § 54 maßgebend. Zur Entstehung des Hülfspfandrechtes an beweglichen Sachen ist es nicht unbedingt nöthig, daß dieselben in gerichtlichen Gewahrsam genommen oder einer dritten Person zur Aufbewahrung übergeben werden, es genügt der gerichtliche Act der Aufzeichnung mit der Erklärung an Ort und Stelle, daß die aufgezeichneten Gegenstände als Pfandstücke für die Forderung des Gläubigers in Beschlag genommen werden, vgl. Annalen Bd. 1, S. 183. N. F. Bd. 3, S. 229. Freilich ist dieses Verfahren kein ganz sicheres; denn werden die abgepfändeten Gegenstände, bevor sie das Gericht zum Behufe der Versteigerung in seinen Gewahrsam nimmt, vom Schuldner veräußert, so verliert das Hülfspfandrecht dem in gutem Glauben befindlichen Erwerber gegenüber seine Wirksamkeit. Das Veräußerungsverbot, welches mitunter dem Schuldner bei der Abpfändung ertheilt wird, hat die Nichtigkeit einer verbotswidrigen Veräußerung nicht zur Folge.

VIII. Pfandrecht durch Pfändung.

§ 488. Der Eigenthümer und der Besitzer eines Grundstücks, ferner Derjenige, welchem die Inhabung des Grundstücks zum Zwecke seiner Sicherung eingeräumt ist, oder wer das Grundstück zur Benutzung inne hat, können, wenn dasselbe widerrechtlicher Weise von Personen oder von fremdem Vieh betreten wird, der Person Sachen abnehmen oder das Vieh zurückhalten. Hierzu ist auch der Inhaber eines auf einem fremden Grundstücke auszuübenden Rechtes befugt, wenn dasselbe durch ein widerrechtliches Betreten des Grundstücks beeinträchtigt wird.

Motive. In vorstehendem § ist, wie die Worterklärung ergiebt, das Pfändungsrecht nicht blos auf Feldgrundstücke beschränkt, sondern auch auf Häuser extendirt; dagegen hat es aber in Fällen, wo leblose Gegenstände auf ein fremdes Grundstück gelangen, nicht statt; es kann ausgeübt werden, schon wegen unbefugten Betretens eines Grundstückes durch Menschen oder durch Thiere; jeder zu den possessorischen Rechtsmitteln berechtigte Inhaber kann dasselbe ausüben.

Das Institut der Pfändung, welches den Charakter einer erlaubten Selbsthülfe trägt, dient zunächst und hauptsächlich zum Schutze des Eigenthums und des Besitzes an Grundstücken gegen unbefugte Störungen und gegen eine Ersitzung von Grunddienstbarkeiten (vergl. § 586), es gewährt aber auch dem Eigenthümer oder Besitzer eine Sicherung für den verursachten Schaden und die weitere Rechtsverfolgung gegen den Störer. Das B. G.-B. schließt sich bei diesem, in unserem Volksleben fest eingewurzelten Institute im Wesentlichen an das bisherige Recht an[1].

Zu bemerken ist dabei noch, daß das Betreten ein widerrechtliches sein muß, eine Bestimmung, die namentlich bei dem Eintritte in fremde Gebäude ihre Beachtung verdient, weil bei diesen nicht jedes ohne besondere Befugniß oder Erlaubniß erfolgte Betreten eine Pfändung rechtfertigen würde.

---

1. Vergl. Haubold, Sächs. Privatrecht, § 167; Käuffer, in der Zeitschrift f. R. u. V. Bd. 7, S. 115 und das Erkenntniß des O.-A.-Ger. Bd. 20, S. 417 ders. Zeitschrift.

§ 489. Die Pfändung darf nur auf frischer That und auf dem betretenen Grundstücke, oder auf einem an dasselbe anstoßenden Wege geschehen. Obrigkeitlich verpflichtete Flurwächter können rücksichtlich einzelner Grundstücke die Pfändung innerhalb des ganzen Bezirkes, für welchen sie angestellt sind, vornehmen.

Motive. Das Vorrecht, welches darin liegt, daß von verschiedenen Grundstückseigenthümern bestellte Flurwächter wegen des Betretens eines Grundstückes auch auf dem anderen Grundstücke pfänden können, hat der § um deswillen auf obrigkeitlich verpflichtete Flurwächter beschränkt, weil darin schon ohnedem eine Ausnahme von der Regel liegt.

Die Bestimmung in Betreff der Flurwächter, die sich aber nicht auf die von Privaten zu gleicher Dienstleistung angestellten Personen bezieht, ist neu.

---

§ 490. Die Pfändung muß mit möglichster Schonung geschehen. Bietet der Gepfändete statt des ihm abgenommenen Pfandstücks ein anderes geeignetes Pfand an, so hat der Pfänder solches anzunehmen.

Motive. Der Ausdruck: „geeignetes Pfand" ist gewählt, da es dabei nicht immer auf den Werthsbetrag, sondern öfters vorzüglich des Beweises halber auf die Qualität des Pfandstückes ankommt.

---

§ 491. Eine Person kann nur festgehalten werden, wenn dieß zur Erlangung eines Pfandes oder zur Sicherung der Rechtsverfolgung nothwendig ist.

Die Festhaltung einer Person, welche ohnedieß leicht zu Ausschreitungen auf der einen oder der anderen Seite führen kann, durfte nur ausnahmsweise gestattet werden; sie erscheint aber gerechtfertigt, wenn sich der Betroffene weigert, ein Pfand zu geben, oder wenn derselbe unbekannt ist und sich nicht sofort über seine Persönlichkeit ausweisen kann.

---

§ 492. Derjenige, welcher gepfändet werden soll, kann, wenn ihm der Pfänder unbekannt ist, verlangen, daß Letzterer ihm bis in den nächsten Ort folge und das Pfand bei einer Behörde an diesem Orte niederlege.

Der § enthält eine für die Schonung und Sicherstellung des Gepfändeten nöthige Anordnung. Wenn an dem nächsten Orte weder ein Gericht, noch eine Polizeibehörde ist, so kann nach § 9 der Ein- und Ausführungsverordnung vom 9. Januar 1865 das Pfand auch bei einer Ortsgerichtsperson daselbst niedergelegt werden.

---

§ 493. Der Pfänder hat die Wahl, einen Pfandschilling von fünf Neugroschen oder Ersatz der verursachten Schäden von dem Gepfändeten zu fordern. Für den Pfandschilling, sowie für Schäden und Kosten haftet die abgepfändete Sache als Pfand.

Motive. Nach diesem § bewendet es zwar bei dem bisherigen Pfandschillinge, doch hat man dessen Höhe den gegenwärtigen Verhältnissen entsprechend bestimmt.

Die Fassung des § ergiebt, daß der Pfänder, wenn er den Pfandschilling wählt, nicht außerdem noch Schadenersatz fordern kann.

---

§ 494. Der Pfänder muß bei Verlust seines Pfandrechtes die Pfändung innerhalb achtundvierzig Stunden bei der zuständigen Gerichtsbehörde anzeigen.

Motive. Dieser § ist auch in so fern von Bedeutung, als darin das charakteristische Merkmal, durch welches die Pfändung zur Unterbrechung der Verjährung geeignet wird, enthalten ist (man vergl. § 602 des Entwurfs (§ 586 des B. G.-B.).

Der Entwurf enthielt eine Frist von vierundzwanzig Stunden; die Verlängerung auf das Doppelte ist auf Antrag der ständischen Deputationen erfolgt (Beill. z. 3. Abth. Bd. 3, S. 793 und Abth. 2. Bd. 3, S. 386 folg.). Nach § 10 der Ein- u. Ausführungsverordnung ist das Gericht des Pfändungsortes für die vorgeschriebene Anzeige zuständig.

Vierter Abschnitt.

Verpfändung von Rechten.

I. Verpfändung von Gerechtigkeiten.

§ 495. Berechtigungen, welche ein Folium im Grundbuche erhalten haben, können verpfändet werden. Ihre Verpfändung wird nach den über das Pfandrecht an Grundstücken geltenden Vorschriften beurtheilt, soweit nicht die Natur des Gegenstandes etwas Anderes mit sich bringt.

Aus diesem und den folgenden §§ ergiebt sich, daß Berechtigungen, z. B. Abbaurechte, die zwar ein Folium erhalten können, aber ein solches noch nicht erhalten haben, nicht eher, als bis die Folienanlegung erfolgt ist, verpfändet werden können. Vergl. auch die Bemerkungen zu § 280 und zu § 661.

---

§ 496. Von den Dienstbarkeiten kann nur der Nießbrauch verpfändet werden. Zur Verpfändung des Nießbrauches an beweglichen und unbeweglichen Sachen gehört Uebergabe dieser Sachen. Die Verpfändung des Nießbrauches an Forderungen richtet sich nach den über die Verpfändung der letzteren geltenden Vorschriften.

Motive. Die Fassung dieses § zeigt an, daß die gemeinrechtlichen Vorschriften über die Verpfändung der Dienstbarkeiten (l. 12 D. de pign.) gänzlich wegfallen, insbesondere aber die Verpfändung sowohl bei bestehenden, als künftig entstehenden Grunddienstbarkeiten unstatthaft ist.

Bei der Verpfändung eines Nießbrauchs an Grundstücken ist die Uebergabe des dem Nießbrauche unterworfenen Grundstücks, aber nicht die Eintragung der Verpfändung in

das Grund- und Hypothekenbuch zur Entstehung des Pfandrechtes erfordert worden, weil die persönliche Dienstbarkeit des Nießbrauchs nicht als Recht, sondern (vergl. § 646) nur als Dispositionsbeschränkung einzutragen ist. Dagegen ist nach Maßgabe der Vorschrift des § 646 auch die Verpfändung des Nießbrauchs gegenüber Dritten, welche später ein durch Eintragung begründetes Recht an dem dienenden Grundstücke erworben haben, nur dann wirksam, wenn das Nießbrauchsrecht in der Eigenschaft einer Dispositionsbeschränkung eingetragen worden ist.

---

§ 497. Die Verpfändung des Nießbrauches gilt als Ueberlassung der Ausübung desselben. Der Pfandgläubiger hat das Recht, die Früchte zu erheben, muß darüber Rechnung ablegen und deren Betrag von seiner Forderung abrechnen.

Die Bestimmung, daß nur die Ausübung des Nießbrauchs als verpfändet gilt, entspricht dem gemeinrechtlichen Grundsatze, daß das Recht des Nießbrauchs von der Person des Berechtigten unzertrennlich ist. Bei der ihm pfandweise übertragenen Ausübung des Nießbrauchs hat der Gläubiger die dem Usufructuar gegenüber dem Proprietar obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen.

---

§ 498. Das Pfandrecht ohne die dadurch gesicherte Forderung kann nicht Gegenstand eines Pfandrechtes sein.

Motive. Angehend die Suppignoration, so hat man das Faustpfand mit der Hypothek in so fern gleichgestellt, als man die Verpfändung des Pfandrechts ohne die dadurch gesicherte Forderung in § 509 des Entwurfs (§ 498 des B. G.-B.) für unstatthaft erklärt hat.

Zu diesem § ist zunächst in Bezug auf das Faustpfand zu bemerken, daß a) nach § 475 dem Gläubiger das Recht, die ihm pfandweise übergebene Sache selbständig weiter zu verpfänden, nicht zusteht, die mit Bewilligung des Verpfänders bewirkte Bestellung eines Pfandrechtes an dieser Sache für eine Schuld des Pfandgläubigers aber nicht als ein Fall der Suppignoration, sondern als eine neue von dem Verpfänder selbst intercessionsweise bewirkte Verpfändung aufzufassen ist; b) daß, wenn diese Bestimmung des § nicht illusorisch werden soll, eine Suppignoration durch Verpfändung des Pfandrechtes ohne Forderung, schlechthin unstatthaft ist; daß aber c) die Verpfändung einer mit Faustpfand versehenen Forderung, bei welcher die Forderung als übertragbares Vermögensrecht den hauptsächlichen Gegenstand der Pfandbestellung bilden würde, unter den in § 502. Abs. 2 gedachten Voraussetzungen — wenn die Forderung in Gelde besteht und eine Urkunde darüber ausgestellt worden ist —, als statthaft und ausführbar erscheint. Der solchenfalls durch Uebergabe der Urkunde zu bewirkenden Verpfändung würde nach Maßgabe des § 503 in Verbindung mit §§ 386. 482 der Erfolg beizulegen sein, daß der Gläubiger die Auslieferung des Pfandes, in so fern dieselbe nicht gleich anfangs erfolgt wäre, von seinem Schuldner verlangen und auf diesem Wege das wegen der verpfändeten Forderung bestehende Pfandrecht zum Zwecke seiner Befriedigung aus dem erhobenen Betrage dieser Forderung geltend machen könnte[1]. Die Frage, in wie weit die Verpfändung einer Forderung ohne Uebergabe einer Urkunde, ein Recht zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger begründe, gehört in das Obligationenrecht.

---

1. Man vergleiche auch § 954.

Bei der Verpfändung einer hypothekarischen Forderung ist der Pfandgläubiger zu einer weiteren Verpfändung nicht eher berechtigt, als bis er selbst (vergl. § 504) als Inhaber der letzteren eingetragen worden ist.

II. Verpfändung von Werthpapieren.

§ 499. Auf den Inhaber gestellte Werthpapiere, ingleichen auf benannte Personen ausgestellte Antheilscheine bei Vereinsunternehmungen können nur durch Uebergabe an den Gläubiger verpfändet werden. Es gelten dabei die Vorschriften über das Faustpfand. Der Verkauf des Pfandes kann durch verpflichtete Mäkler nach dem Curswerthe aus freier Hand geschehen.

Der § betrifft in seinem ersten Satze nicht blos die öffentlichen Creditpapiere au porteur (§ 296), sondern alle auf Inhaber lautenden Werthpapiere. Auf Wechsel findet er nicht Anwendung.

---

§ 500. Können auf verpfändete Werthpapiere oder auf dazu gehörige Anweisungen andere Werthpapiere, Capitalscheine, Zinsleisten, Zinsscheine, Gewinnantheilscheine erhoben werden, so ist der Pfandgläubiger berechtigt, dieselben zu erheben und als Pfand zu behalten.

Motive. Dieser § stimmt mit den §§ 487. 488 des Entwurfs (§§ 476. 477 des B. G.-B.) überein.

Zur Erläuterung der Motive ist zu bemerken, daß die im § erwähnten „anderen“ Werthpapiere, Capitalscheine, Zinsleisten ꝛc. entweder an die Stelle des verpfändeten Werthpapieres treten, wie z. B. Hauptactien an die Stelle bloßer Interimsactien, oder gleich den fructus pendentes, einen Bestandtheil der Pfandsache selbst bilden und deshalb mit der Hauptsache zusammen dem Pfandrechte unterworfen sind. Es folgt hieraus, daß der Pfandschuldner vor Bezahlung der Pfandschuld nicht befugt ist, diese Werthpapiere selbst in Empfang zu nehmen oder deren Herausgabe vom Gläubiger behufs eigener Erhebung von Zinsen und Dividenden zu verlangen. In wie weit dagegen der Gläubiger, zur Vermeidung eigener Verantwortlichkeit, für die rechtzeitige Erhebung der fraglichen Werthpapiere Sorge zu tragen hat, ist nach den Vorschriften des § 475. Abs. 1 und der Lehre vom Pfandvertrage zu beurtheilen.

---

§ 501. Wird ein verpfändetes Werthpapier zahlbar, so hat der Pfandgläubiger den Betrag zu erheben und sich daraus, wenn die durch das Pfand gesicherte Forderung fällig ist, bezahlt zu machen. Ist seine Forderung nicht fällig, so kann er den erhobenen Betrag zu seiner Sicherung inne behalten.

Motive. Angehend diesen §, so beruht der zweite Satz auf der Erwägung, daß, da in dem vorausgesetzten Falle an die Stelle des Papieres baares Geld tritt, der Charakter des Faustpfandes verschwindet und dasselbe die Eigenschaft einer Caution annimmt.

In Bezug auf die Erhebung fälliger Werthpapiere und die Tilgung der fälligen Forderung aus dem Erlöse, ist die Bestimmung des § für den Gläubiger nicht blos facultativer Natur. Unterläßt nämlich der Gläubiger die rechtzeitige Erhebung der in seinen Händen befindlichen, zahlbar gewordenen Werthpapiere, so hat er den Nachtheil, welcher hierdurch für den Schuldner entsteht, zu vertreten, er ist auch nicht berechtigt, eine fernere Verzinsung seiner Forderung, in so weit dieselbe durch Einziehung der fälligen Summen bereits gedeckt worden sein würde, zu beanspruchen. Hinzuzufügen ist noch, daß sich, gemäß der Vorschrift im § 500, die Bestimmungen des § 501 nicht blos auf die Erhebung fälliger Capitale, sondern auch auf die Erhebung fälliger Zinsen und Dividenden beziehen. Der Pfandgläubiger hat über die erhobenen, zu Tilgung seiner (fälligen) Forderung von ihm verwendeten Beträge dem Schuldner Rechnung abzulegen.

III. Verpfändung der Forderungen.

§ 502. Forderungen, welche in das Hypothekenbuch eingetragen sind, können nur durch Eintragung der auf ihre Verpfändung gerichteten Willenserklärung verpfändet werden. Die Verpfändung einer anderen Forderung ist nur zulässig, wenn letztere auf eine Geldleistung gerichtet und eine Urkunde darüber ausgestellt ist; ihre Verpfändung geschieht durch Uebergabe der Urkunde nach den Vorschriften über das Faustpfand.

Motive. Soviel die Verpfändung von Forderungen angeht, so hat man rücksichtlich der nicht hypothekarischen im Wesentlichen die Bestimmung in der Erl. Proceßordnung ad tit. XLIV. § 2 beibehalten, jedoch mit der Modification, daß man die Verpfändung auf solche Forderungen beschränkt hat, welche auf Geldleistungen gerichtet sind. In Beziehung auf Forderungen, über welche entweder keine Schuldurkunde vorhanden ist, oder welche auf andere Gegenstände, als Geld, gehen, wird das, was durch eine Verpfändung derselben zu erreichen ist, durch eine eventuelle Cession zu erlangen sein.

Die Verpfändung der auf eine Geldleistung gerichteten Forderung, über welche eine Urkunde ausgestellt ist, erfolgt durch Uebergabe der Urkunde; dem Schuldner gegenüber wirkt dieselbe aber erst dann, wenn eine Denunciation stattgefunden hat. Der Pfandgläubiger erlangt das Recht, die Forderung einzuziehen und sich von dem erhobenen Betrage bezahlt zu machen; aber verkaufen darf er die Forderung nicht, wegen des Verbotes im § 5 des Gesetzes vom 9. Januar 1838 (G.- u. V.-Bl. S. 24).

Der erste Satz des § stimmt mit der Vorschrift in §§ 85. 86 des Gesetzes vom 6. Novbr. 1843 überein. Wie nach § 438 die Abtretung einer hypothekarischen Forderung erst durch die Umschreibung gegen Dritte und den Schuldner selbst wirksam wird, so ist im Hinblicke auf die Bestimmung im § 503 des B. G.-B. das Gleiche auch bei deren Verpfändung anzunehmen[1]. Eine, ohne diese Eintragung stattgefundene, im Uebrigen aber den Erfordernissen im 2. Satze des § 502 entsprechende Verpfändung der (persönlichen) Forderung würde erst nach Wegfall des Pfandrechtes ihre volle Geltung erlangen. Dieß vorausgesetzt, ist der Eigenthümer des Grundstücks bei der Verpfändung eingetragener Forderungen der Gefahr doppelter Zahlung nicht ausgesetzt. Es bedarf übrigens, wenn

---

1. In § 86 des Hypoth.-Gesetzes war dieß ausdrücklich vorgeschrieben.

die Verpfändung eingetragen worden ist, ebenso wie bei der wirklichen Abtretung, zur Wirksamkeit dieses Eintrages keiner Benachrichtigung des Hypothekenschuldners, obwohl auch hier die Grund- und Hypothekenbehörden den letzteren, als Passivbetheiligten, von der Eintragung in Kenntniß zu setzen haben[1]. In Bezug auf den zweiten Satz des § ist wiederholt darauf hinzuweisen, daß bei der Verpfändung einer nicht in das Hypothekenbuch eingetragenen Geldforderung die Existenz einer über diese letztere ausgestellten Urkunde und deren Uebergabe an den Gläubiger oder für diesen an eine dritte Person (§ 466) ein unerläßliches Erforderniß für die Entstehung des Pfandrechtes ist, dessen Mangel nicht dadurch ersetzt werden kann, daß eine Urkunde über die Verpfändung ausgestellt wird. Vergl. Annalen N. F. Bd. 2, S. 272.

---

§ 503. Die Verpfändung der Forderung ist als eine auf den Fall der Nichtzahlung des dadurch gesicherten Anspruches geschehene Abtretung der Forderung zum Zwecke der Erhebung und nöthigenfalls Einklagung zu betrachten. Ist die Forderung erhoben, so hat der Pfandgläubiger, wenn seine Forderung fällig ist, sich durch den erhobenen Betrag nach Höhe derselben bezahlt zu machen, und wenn sie nicht fällig ist, den Betrag zu seiner Sicherung inne zu behalten.

Die Verpfändung einer Forderung hat nicht die Wirkung einer Cession, also namentlich nicht den Erfolg, daß, wie dieß nach § 968 bei einer Cession der Fall sein würde, der Verpfänder aufhört Gläubiger zu sein und der Pfandnehmer als Gläubiger eintritt. Die verpfändete Forderung bleibt im Vermögen des Verpfänders, welcher, in so weit dieß ausführbar und den Rechten des Pfandgläubigers unnachtheilig ist, über dieselbe verfügen, z. B. eine hypothekarische Forderung anderweit verpfänden kann. Nur darin wird die Verpfändung als eine — eventuelle — Abtretung behandelt, daß sie erstlich dem Gläubiger das Recht gewährt, die Forderung zum Zwecke seiner Befriedigung daraus zu erheben, bez. einzuklagen, und zweitens, daß der Schuldner, sobald er von der Verpfändung in Kenntniß gesetzt worden ist, sich dem Pfandgläubiger gegenüber von seiner Schuld nicht durch Zahlung an den Pfandschuldner befreien, auch dem Pfandgläubiger nur solche Einreden aus der Person des Pfandschuldners entgegensetzen kann, welche zur Zeit seiner Benachrichtigung von der Verpfändung bereits begründet waren. Da bei der Verpfändung einer zinsbaren Forderung auch die Zinsen als mitverpfändet anzusehen sind, so steht dem Pfandgläubiger, wie bei verpfändeten Werthpapieren, das Recht zu, die fälligen Zinsen einzuheben und zur Tilgung seiner (fälligen) Forderung zu verwenden.

---

§ 504. Bei einer verpfändeten hypothekarischen Forderung kann der Pfandgläubiger statt der Erhebung oder Einklagung der Forderung nach eingetretener Verfallzeit seiner Forderung verlangen, daß die verpfändete Forderung bis zum Betrage seiner Forderung auf seinen Namen im Hypothekenbuche umgeschrieben werde.

Der § enthält eine, im Gesetz v. 6. November 1843 noch nicht ausgesprochene und in der Ausführungsverordnung v. 15. Februar 1844. § 75 nur andeutungsweise berührte Berechtigung des Gläubigers.

1. Vergl. auch § 192 der Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865.

Die im § erwähnte Umschreibung hat die Wirkung einer wirklichen, behufs der Befriedigung des Gläubigers durch die verpfändete Forderung erfolgten Cession; diese ist also nur eine mittelbare Folge des Pfandrechtes, dessen Bestellung, wie bemerkt, noch keine Abtretung der Forderung enthält.

Für das Verfahren bei Vollstreckung der Hülfe in Forderungen des Beklagten sind die Vorschriften im § 56 des Executionsgesetzes v. 28. Februar 1838 in Verbindung mit § 148 der Gerichtsordnung v. 9. Januar 1865 maßgebend. Das Executionsgesetz beschränkt die Zulässigkeit dieser Hülfsvollstreckung nicht auf Geldforderungen, verlangt auch, bei chirographarischen Forderungen, zur Entstehung des Hülfspfandrechtes, nicht die Existenz und Beschlagnahme einer Schuldurkunde. Ueber die Berechtigung des Klägers, zur Einklagung der verholfenen Forderung gegen den debitor debitoris, und das hierbei zu beobachtende Verfahren, vergl. man Annalen Bd. 4, S. 387 und N. F. Bd. 3, S. 399 und Bd. 4, S. 381. Die Anwendung der Vorschrift im § 504 bei der Hülfsvollstreckung in hypothekarische Forderungen dürfte, nach unserem Dafürhalten, keinem besonderen Bedenken unterliegen.

Vierte Abtheilung.

Von den Reallasten.

I. Reallasten überhaupt.

§ 505. Ein Grundstück kann, soweit nicht ein Gesetz entgegensteht, in der Weise belastet werden, daß dessen Eigenthümer dem jedesmaligen Eigenthümer eines bestimmten anderen Grundstücks oder einer bestimmten Person etwas gebe oder zu deren Vortheile etwas thue.

Motive. In Bezug auf die Lehre von den Reallasten bemerkt man zunächst, daß dieselben Gründe, aus welchen man sich für die Anreihung der Lehre vom Pfandrechte an die vom Eigenthume entschieden hat, auch die Stellung der Reallasten unmittelbar hinter dem Pfandrechte erheischen, indem deren rechtliche Existenz ebenso wie das Eigenthum an Immobilien und die Hypotheken an die Form der Intabulation geknüpft und durch diese bedingt ist. Die entgegengesetzte Ansicht würde sich allenfalls dann rechtfertigen lassen, wenn man, was jedoch nicht geschehen, auch die Intabulation der Dienstbarkeiten für zweckmäßig angesehen hätte. Hierzu tritt aber auch noch der dem Sächs. Rechte eigenthümliche Umstand, daß in der Lehre von den Reallasten einige Rechtsinstitute abzuhandeln sind, welche, wie namentlich der Auszug, das eiserne Capital und die Leibrente, ihrer Natur als Reallasten ungeachtet, Vieles mit den Hypotheken gemein haben und daher diesen, nicht den ihnen fremdartigen Dienstbarkeiten an die Seite zu stellen sind.

Reallasten, welche unmittelbar auf dem Gesetze beruhen, hat man, da dieselben lediglich dem öffentlichen Rechte angehören, hier unerwähnt gelassen.

Das Wesen der Reallast hat man, an unser bisheriges Recht sich anschließend, darin gefunden, daß dieselbe eine an das Eigenthum eines Grundstückes gebundene Obligation sei. In dessen Gemäßheit hat man als Gegenstand der Reallast die „in einem Thun oder Geben“ bestehende Verpflichtung und als verpflichtetes Subject den Eigenthümer des Grundstückes angegeben, und es ist in der letzteren Hinsicht noch insbesondere hervorzuheben, daß irgend ein anderes Rechtsverhält-

niß, als das Eigenthum an dem belasteten Grundstücke, an sich und abgesehen von rein obligatorischen Beziehungen, nicht geeignet ist, eine Verpflichtung für die Reallast zu begründen, also der Berechtigte sich blos an den Eigenthümer, nicht etwa an den Besitzer, Pachter oder Miether des Grundstückes halten kann.

In Bezug auf Begriff und Wesen der Reallasten nach dem B. G.-B. ist im Anschlusse an die Motive noch Folgendes kürzlich zu bemerken[1]: Die Reallasten sind Obligationen, welche die Eigenthümlichkeit haben, daß erstens die Obligation nicht durch Gewährung ihres Gesammtwerthes erschöpft wird, sondern ihre Wirksamkeit in der Verpflichtung zu fortdauernden, mehr oder minder regelmäßig wiederkehrenden, Leistungen äußert, und zweitens, daß die Verpflichtung zu diesen Leistungen durch den Erwerb des Eigenthums an einem Grundstücke eintritt, ohne daß es noch einer besondern, die Uebernahme dieser Verpflichtung bezweckenden Handlung bedarf[2]. Die einzelnen fällig gewordenen Leistungen bilden nicht den Gegenstand eben so vieler besonderer Obligationen, sondern die Verpflichtung beruht bei allen auf einer Obligation, sie fließt aus einer gemeinschaftlichen Quelle, der Reallast. Demzufolge sollen nach § 511 nur die einzelnen Leistungen nach den Vorschriften über Forderungen behandelt werden, womit es bei dem eigenthümlichen Charakter dieses Instituts nicht im Widerspruche steht, daß, außer dem Falle der Zwangsversteigerung, der Nachfolger im Eigenthume für die von seinem Vorgänger in Rückstand gelassenen Leistungen aufkommen muß. An sich würde es zum Begriffe einer Reallast nicht gehören, daß wegen des persönlichen Anspruchs auf die einzelnen Leistungen eine, der Hypothek analoge dingliche Haftung des Grundstückes bestehe, allein nach dem B. G.-B. § 511 findet eine solche allerdings in gewisser Maße statt.

---

§ 506. Reallasten entstehen durch Eintragung in das Grundbuch. Rechtsgründe zur Eintragung in das Grundbuch sind: Vertrag, letzter Wille und richterliche Entscheidung.

Motive. In diesem § wird unter den Arten der Entstehung von Reallasten die Ersitzung nicht mit erwähnt, weil dieselbe nach § 523 des Entwurfs (§ 512 des B. G.-B.) ausgeschlossen ist. Soviel die schon vor dem Gesetzbuche vollendeten Ersitzungen angeht, so findet die Vorschrift des § 2 des Entwurfs (§ 2 des B. G.-B.) Anwendung.

Widersprüche gegen die Eintragung einer Reallast von Seiten des Eigenthümers des verpflichteten Grundstückes sind blos so lange statthaft, als das berechtigte Grundstück nicht in dritte Hand gekommen ist; gegen den Dritten können dergleichen Widersprüche blos so weit geltend gemacht werden, als gegen den Cessionar einer Hypothek die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Eintragung derselben verfolgt werden kann. Alles dieß folgt aus dem Principe der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher von selbst.

Vormerkungen von Reallasten hat man nicht für statthaft angesehen.

In so weit nach dem B. G.-B. Reallasten in einem Thun oder in Geben von anderen Gegenständen, als Geld, bestehen können, ist die bei Forderungen nothwendige Eintragung bestimmter Geld- oder Haftsummen nicht vorgeschrieben worden. Anlangend

---

1. Ueber die verschiedenen, das Wesen der deutschrechtlichen Reallasten betreffenden Ansichten vergl. man Friedlieb, Rechtstheorie der Reallasten, S. 120—140. Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, S. 82 folg.

2. Vergl. Neuner a. a. O. Savigny, Obligat.-Recht Bd. 1. § 15. S. 134.

den in den Motiven erwähnten Fall einer beim Eintritte des B. G.-B. vollendeten Ersitzung, so kann auch bei solchen Reallasten, welche schon nach dem Gesetze vom 6. Novbr. 1843 der Eintragung bedurften, eine nach dem bisherigen Rechte statthafte und vor der Eröffnung der Grund- und Hypothekenbücher vollendete Ersitzung noch in Betracht kommen, wenn die Uebertragung einer auf diese Weise begründeten und durch das Gesetz v. 15. Mai 1851 nicht in Wegfall gelangten oder abgelösten Reallast bei der Anlegung der Bücher unterblieben ist, und ohne dem Principe der Oeffentlichkeit entgegen zu treten, nachträglich noch geschehen kann. Die Bemerkung im zweiten Absatze der Motive bezieht sich auf die bisher nicht ganz unbestrittene Frage, ob das Princip der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher dem Erwerber eines reallastenberechtigten Grundstücks zu statten kommt, wenn die Reallasten auf dem Folium der verpflichteten Grundstücke ohne Widerspruch eingetragen worden sind; es ist also dabei nicht an Widersprüche gegen die beantragte Eintragung einer Reallast, sondern an Widersprüche gegen die rechtliche Begründung einer bereits eingetragenen Reallast zu denken.

---

§ 507. Sind Beschränkungen des Eigenthümers hinsichtlich der freien Verfügung über das Grundstück in das Grundbuch eingetragen, so kann derselbe nur mit Einwilligung Derjenigen, zu deren Gunsten jene Beschränkungen bestehen, eine Reallast auflegen.

Motive. Dieser § ist im Anschlusse zu § 411 des Entwurfs (§ 400 des B. G.-B.) aufgenommen worden. Daß der § 387 des Entwurfs (§ 376 des B. G.-B.) auf die Bestellung von Reallasten Bezug habe, braucht nicht besonders erwähnt zu werden.

---

§ 508. Reallasten erlöschen durch Untergang des Grundstücks, auf welchem sie haften, durch Ablauf der Zeit, für welche sie bestellt sind, und durch Löschung im Grundbuche vermöge eines auf Aufhebung der Reallast gerichteten Rechtsgrundes. Rechtsgründe zur Löschung sind: Wegfall des berechtigten Grundstücks oder der berechtigten Person, Vereinigung des Eigenthums an dem belasteten Grundstücke mit der Berechtigung, Vertrag, letzter Wille und richterliche Entscheidung.

Motive. Es ist zu bemerken, daß die Bestimmung des § 23 des Gesetzes vom 15. Mai 1851, wonach Reallasten durch Ablösung, ingleichen durch unterlassene zeitige Provocation auf Ablösung erlöschen, neben dem Gesetzbuche fortbesteht, was in der Ausführungsverordnung noch besonders zu sagen sein wird.

Daß, abgesehen von dem Falle des § 530 des Entwurfs (§ 519 des B. G.-B.) Reallasten durch Subhastation nicht erlöschen, folgt daraus, daß die Subhastation hier nicht als Grund der Erlöschung der Reallast angegeben wird. Auch die Verjährung gilt nicht als Erlöschungsgrund der Reallasten.

---

§ 509. Wenn bei einer Reallast, welche einer bestimmten Person zusteht, der jetzige Berechtigte unbekannt ist, so kommen die Vorschriften im § 461 zur Anwendung.

Das hier berührte Edictalverfahren könnte sich namentlich zum Behufe der Löschung von Leibrenten und eisernen Capitalien nützlich erweisen.

§ 510. Die aus der Reallast entstehenden Verbindlichkeiten hat der jedesmalige Eigenthümer des belasteten Grundstücks zu erfüllen. Mit Ausnahme des Falles der Zwangsversteigerung haftet der Nachfolger im Eigenthume auch für die unter seinem Vorgänger fällig gewordenen, nicht berichtigten Leistungen. Doch hat der Nachfolger, welcher die von seinem Vorgänger nicht abgeführten Rückstände berichtigt, das Recht, von demselben Ersatz zu verlangen.

Motive. Für die hier erwähnten Rückstände haftet, außer dem jedesmaligen Eigenthümer des verpflichteten Grundstückes, auch noch der frühere Eigenthümer, so daß der Berechtigte zwei solidarisch haftende Schuldner hat. Hat das Eigenthum mehrmals gewechselt, und sind von den mehreren successiven Eigenthümern Rückstände verhangen worden, so haftet nach Analogie des § 78 des Entwurfs (§ 76 des B. G.-B.) jeder Einzelne für diejenigen Rückstände, deren Fälligkeit während der Dauer seines Eigenthumes eingetreten ist, ohne Rücksicht darauf, ob der Eigenthumswechsel gerade mit einem derartigen Zeitpunkte zusammentrifft, oder nicht. Bei Auszugsrückständen tritt nach § 1047 des Entwurfs (§ 1017 des B. G.-B.) sub 9 eine kurze Verjährung ein.

Aus dem § 521 des Entwurfs (§ 510 des B. G.-B.) ergiebt sich übrigens, daß die Verbindlichkeit zu Bezahlung verfallener Reallasten durch Dereliction des Grundstückes nicht aufgehoben wird.

Das B. G.-B. hat in diesem § eine bestrittene Frage, welche das Gesetz v. 6. Novbr. 1843 §§ 106. 108 nur in Bezug auf die Zwangsversteigerung ausdrücklich berührt, und zwar nach der Ansicht entschieden, welcher sich die Sächs. Praxis von jeher zugeneigt hat. Der nachfolgende Eigenthümer tritt — mit Ausnahme des Falles der Zwangsversteigerung — in das nach § 511 hinsichtlich der einzelnen Leistungen bestehende obligatorische Verhältniß seines Vorgängers ein und haftet für die Rückstände auch persönlich. Die in neuerer Zeit[1] angeregte Frage, ob bei der Zwangsversteigerung außerhalb des Concurses die Rückstände solcher Reallasten, die in wiederkehrenden Leistungen bestehen und in Gelde zu entrichten oder nach Gelde zu schätzen sind, einer prioritätischen Befriedigung aus dem Erlöse des belasteten Grundstücks theilhaftig werden sollen, ist durch das B. G.-B., welches in § 511 die Bestimmung des § 417 nicht blos auf rückständige Leibrenten und Auszüge, sondern auf alle rückständigen Reallasten ausgedehnt hat, dahin entschieden worden, daß eine solche Befriedigung (unter der § 417 gedachten Beschränkung) auch bei der Zwangsversteigerung außerhalb des Concurses stattfindet. Das B. G.-B. enthielt indessen noch keine ausdrückliche Bestimmung über die Rangordnung der Reallastenrückstände. Hierüber wurde zunächst in der Ein- und Ausführungsverordnung § 8 bestimmt, daß diese Rückstände bei der Zwangsversteigerung außerhalb des Concurses dieselbe Priorität genießen sollten, wie (nach dem Gesetze v. 4. Novbr. 1843) im Concurse. Das schon mehrfach erwähnte Gesetz v. 30. Juni 1868 hat in §§ 21. 25 das Rangverhältniß der Reallastenrückstände für den Fall der Zwangsversteigerung außerhalb des Concurses definitiv und zwar so geregelt, daß dieselben unmittelbar nach den Rückständen von den auf dem Grundstücke haftenden öffentlichen Abgaben, Brandversicherungsbeiträgen, Landesrenten und Landesculturrenten, aber vor den hypothekarischen Forderungen in Ansatz zu bringen sind, während das ebenfalls schon besprochene Gesetz vom 8. Juli 1868 über die Rangordnung der Realgläubiger bei einer infolge der Concurs-

1. Man vergl. Zeitschr. f. R. u. V. Bd. 24, S. 481.

eröffnung stattgefundenen Zwangsversteigerung keine Bestimmungen getroffen, sondern es hier bei dem bestehenden Rechte hat bewenden lassen[1].

§ 511. Das Recht auf die einzelnen Leistungen ist nach den Vorschriften über Forderungen zu beurtheilen. Wegen der Rückstände gilt die Bestimmung im § 417.

Motive. Die Vorschrift des § bezieht sich darauf, daß rücksichtlich der einzelnen Leistungen die allgemeinen Grundsätze über die Fälligkeit, über den Verzug, über die Verzinsung, über die Verjährung und dergleichen anwendbar sind. Durch Uebertragung der Bestimmung des § 428 des Entwurfs (§ 417 des B. G.-B.) auf die Reallasten wird dem Uebelstande, daß durch eine zu große Anhäufung der Rückstände die Rechte der Hypothekarier gefährdet werden könnten, vorgebeugt.

§ 512. Rechtsbesitz findet bei Reallasten nicht statt.

Man vergl. hierbei die Motive zu §§ 505. 506.

§ 513. Wegen der Reallasten bedarf es zu Grundstücksabtrennungen der Einwilligung der Berechtigten nicht; es sind aber die theilbaren Reallasten verhältnißmäßig auf das Trennstück zu legen. Das mit der Last ursprünglich belegte Grundstück bleibt, sofern es nicht des Anspruches entlassen wird, wegen des auf das Trennstück gelegten Antheiles der Reallasten aushülflich verhaftet.

Motive. Angehend diesen und den nächsten §, so entsprechen dieselben den §§ 430. 431 des Entwurfs (§§ 419. 420 des B. G.-B.). Daß das ursprünglich mit der Last belegte Gut für die auf das Trennstück vertheilten Lasten aushülflich haftet, ist eine Bestimmung, welche schon nach bisherigem Rechte galt.

§ 514. Soll im Falle einer Grundstücksabtrennung ein verhältnißmäßiger Theil der Reallasten auf das Trennstück nicht gelegt werden, letzteres vielmehr von denselben befreit sein, so bedarf es hierzu der Einwilligung der Berechtigten, doch kann diese durch die zuständige Behörde ergänzt werden, wenn wegen verhältnißmäßiger Geringfügigkeit der Last oder des abzutrennenden Theiles kein Nachtheil für die Berechtigten aus der Abtrennung zu befürchten ist. Die ohne Vorbehalt erklärte, ingleichen die durch die Behörde ergänzte Einwilligung des Berechtigten gilt als Verzicht auf das Recht an dem Trennstücke.

Die Vorschriften der §§ 513. 514 beziehen sich nicht auf die Reallast des Auszugs, der Leibrente und des eisernen Capitales, welche auch in Betreff der Dismembration nach dem Rechte der Hypotheken beurtheilt werden. Die im § 514 erwähnte

1. Man vergl. noch die Bemerkungen zu § 417 und Annalen N. F. Bd. 2, S. 117 folg. Bd. 4, S. 499.

Ergänzung des Consenses der Reallastenberechtigten steht nach der Verordnung v. 3. August 1868 unter Nr. 1 der Grund- und Hypothekenbehörde zu, in deren Grund- und Hypothekenbuch das belastete Grundstück eingetragen ist. Ein Widerspruch des Berechtigten hindert die Ergänzung seines Consenses durch die zuständige Behörde nicht.

II. Auszug, Leibrente und eiserne Capitalien.

§ 515. Wenn bei Veräußerung eines Grundstücks ein Auszug auf demselben vorbehalten wird, oder wenn der Eigenthümer eines Grundstücks dasselbe durch letzten Willen mit einem Auszuge belastet, ingleichen wenn ein verzinsliches Capital als eisernes Capital auf ein bestimmtes Grundstück gelegt wird, so hat der auf den Auszug oder das eiserne Capital Berechtigte, selbst ohne eine darauf gerichtete Bestimmung, das Recht, zu verlangen, daß der Auszug oder das eiserne Capital in das Hypothekenbuch unter den Forderungen eingetragen wird. Diese Eintragung hat die Wirkung, daß der Auszug oder das eiserne Capital die Eigenschaft einer Reallast erhält.

Motive. Von dem Auszuge ist hier blos in so weit die Rede, als er in den in nachstehendem § namhaft gemachten Fällen die Natur einer Reallast hat. Ein außer diesen Fällen durch Vertrag begründeter und intabulirter Auszug genießt blos die Rechte der Hypothek, namentlich bedarf er der Quantificirung, er erlöscht auch durch Subhastation des verpflichteten Grundstückes (man vergl. § 1186 folg. des Entwurfs (§ 1158 folg. des B. G.-B.). Soviel den bei Veräußerung eines Grundstückes vorbehaltenen, oder durch letztwillige Verfügung des Eigenthümers bestellten Auszug betrifft, so hat man es bei unserem bisherigen Rechte, wonach dieser Auszug eine Doppelnatur, als Reallast und als Hypothek hat, gelassen. Man trug einerseits Bedenken, lediglich den Begriff der Reallast als maßgebend zu betrachten, weil dieß die rechtliche Natur des Auszugs wesentlich geändert hätte, überdieß aber auch die daraus hervorgehende Folge, daß dann der Auszug in die erste Rubrik des Grundbuches einzutragen wäre, nicht ohne Rückwirkung auf die Einrichtung und Führung der Grund- und Hypothekenbücher hätte bleiben können. Ebenso wenig hielt man andererseits für zweckmäßig, die rechtlichen Begünstigungen, welche dem Auszuge den Charakter eines besonderen Institutes geben, aufzuheben und denselben nur unter die Vorschriften der Hypotheken fallen zu lassen, weil, selbst abgesehen von der Frage, ob nicht durch die dann mehr hervortretende Eigenschaft des Auszugs, als einer Schuld des Grundstückes, der Realcredit vermindert werden würde, es nicht angemessen erschien, ein seit Jahrhunderten im Interesse der Landbewohner bestehendes, gerade in der ihm jetzt zukommenden Eigenthümlichkeit als nothwendig anerkanntes und deshalb in unser Rechtsbewußtsein eingewurzeltes Institut, der bloßen Consequenz und der bloßen Vereinfachung des Verhältnisses zu Liebe, zu beseitigen.

Mit dem sog. eisernen Capitale, ingleichen mit der Leibrente, hat es eine ähnliche Bewandniß.

In Beziehung auf das sog. eiserne Capital erwähnt man, daß man in dem Capitale selbst und nicht blos in den davon zu entrichtenden Zinsen Dasjenige erblickt hat, was die dem Grundstücke aufliegende Reallast ausmacht. Zwischen dem sog. eisernen Capitale und der Leibrente besteht in so fern ein Unterschied,

als die Eintragung des ersteren nicht so wie die der letzteren eine besondere Stipulation, daß es die Eigenschaft einer Reallast haben solle, voraussetzt.

Die in diesen Abschnitt gehörigen Vorschriften über den Auszug (namentlich auch den wesentlichen Unterschied zwischen dem eigentlichen (reservirten) und dem sog. constituirten Auszuge[1]) stimmen mit dem bisherigen Rechte und dem Gesetze vom 6. Novbr. 1843 (§ 41) überein. Auch der gesetzliche Rechtsgrund auf Eintragung (§ 41 des angez. Gesetzes) ist beibehalten und dergestalt auf die eisernen Capitalien ausgedehnt worden, daß es bei letzteren nicht noch einer besonderen Bestimmung bedarf, daß sie die Eigenschaft einer Reallast haben sollen.

---

§ 516. Eine solche Eintragung findet, ungeachtet der Widersprüche hypothekarischer Gläubiger, statt. Der Auszug wird ohne Angabe der Werthssumme eingetragen.

---

§ 517. Leibrenten erlangen die Eigenschaft einer Reallast durch Eintragung der jährlichen Renten nach ihrem Geldwerthe in das Hypothekenbuch; die Eintragung kann nur verlangt werden, wenn durch Vertrag oder letzten Willen bestimmt ist, daß sie die Eigenschaft einer Reallast haben sollen.

Motive. Von dem Leibrentenvertrage wird § 1179 folg. des Entwurfs (§ 1150 des B. G.-B.) gehandelt. Die Leibrente differirt von dem Auszuge in so fern, als es bei ihr nach § 528 des Entwurfs (§ 517 des B. G.-B.) der Quantificirung bedarf.

Zur Begründung einer Leibrente als Reallast bedarf es zwar ohne Unterschied der ausdrücklichen Bestimmung durch Vertrag oder letzten Willen, daß sie die Eigenschaft einer Reallast haben soll, dieß vorausgesetzt aber erlangt sie die Eigenschaft einer solchen nicht blos durch eine letztwillige Verfügung oder einen Vorbehalt des Eigenthümers bei der Veräußerung des betreffenden Grundstücks, sondern auch durch einen bei anderer Gelegenheit von dem Eigenthümer mit einer dritten Person geschlossenen Vertrag. Obwohl sich der erste Satz des § 516 direct nur auf den vorbehaltenen oder durch letztwillige Verfügung des Eigenthümers angeordneten Auszug und das eiserne Capital bezieht, dürfte man die darin enthaltene Bestimmung doch auch auf die Eintragung einer Leibrente, welche als Reallast bestellt werden soll, anwenden. Denn es wäre kein legislativer Grund vorhanden gewesen, die Leibrente in dieser Hinsicht anders, als den Auszug und das eiserne Capital zu behandeln, und die Vorschrift des § 519 würde auf die daselbst in gleicher Linie mit diesen Reallasten erwähnte Leibrente nicht passen, wenn die letztere, als Reallast, nur mit erklärter oder ergänzter Zustimmung der Hypothekarier eingetragen werden dürfte.

---

§ 518. Auszug, eiserne Capitalien und Leibrenten genießen im Uebrigen in Folge der Eintragung die Rechte der Hypotheken, mit Ausnahme der in §§ 418. 442—449 angegebenen.

Ueber die gemischte Natur des Auszugs, der Leibrente und des eisernen Capitals vergl. die Motive zu § 505.

---

1. Vergl. Bekanntmachung des O.-A.-G. v. 2. October 1839. §§ 1—4 (G.- u. V.-Bl. 1839. S. 277); Gottschalk, discept. for. Tom. I. cap. XXIX. S. 304.

§ 519. Gläubiger, deren Hypothek dem Auszuge, der Leibrente oder dem eisernen Capitale dem Alter nach vorgeht, sind, wenn sie nicht in die Belegung des Grundstücks mit diesen Lasten eingewilligt haben, zu verlangen berechtigt, daß das Gericht die Zwangsversteigerung unter Annahme doppelter Gebote, einmal auf das Grundstück mit der Last des Auszuges, der Leibrente oder des eisernen Capitals, sodann auf das Grundstück ohne diese Lasten bewerkstellige. Ergiebt sich, daß die älteren hypothekarischen Gläubiger durch Ueberweisung dieser Lasten an den Ersteher benachtheiligt werden, so ist das Grundstück ohne dieselben dem Ersteher zuzuschlagen, im entgegengesetzten Falle die Versteigerung mit diesen Lasten fortzusetzen.

Gelangt nach der Vorschrift des §, welcher dem Gesetze vom 6. November 1843 § 107 entspricht, infolge der Zwangsversteigerung eine der gedachten Reallasten für die Zukunft in Wegfall und bleibt nach Befriedigung der älteren Hypothekengläubiger ein Theil der Erstehungsgelder zur Befriedigung oder Entschädigung des Reallastenberechtigten übrig, so wird die Location des eisernen Capitales sammt Rückständen ganz nach den für hypothekarische Forderungen geltenden Grundsätzen zu bewirken sein. Der Auszugsberechtigte und der Leibrentenempfänger haben sich in diesem Falle der Anwendung der im § 35 des B. G.-B. enthaltenen Bestimmung nicht zu unterwerfen, sondern, soweit die Ueberschußmasse reicht, Befriedigung (jedoch stets durch Geldzahlung) zu beanspruchen. Wie dieß im Interesse der übrigen Gläubiger, z. B. durch Auswerfung eines zinsbar anzulegenden Capitales geschehen soll, würde in der Concurs- und Proceßordnung zu bestimmen sein. Man vergl. hierüber Annalen N. F. Bd. 3, S. 160 folg.

Der Richter hat in den § 519 vorausgesetzten Fällen die Anträge der berechtigten Hypothekengläubiger abzuwarten, die jedoch noch im Bietungstermine bis zur Vollendung des Versteigerungsactes zulässig sind. Man vergl. Annalen Bd. 7, S. 314. N. F. Bd. 3, S. 160. Die älteren Hypothekengläubiger, welche den Antrag auf Annahme doppelter Gebote zu stellen unterlassen haben, behalten ihr Vorzugsrecht vor dem Reallastenberechtigten mindestens in so weit, daß sie bei der Vertheilung der Erstehungsgelder mit ihren Forderungen den Rückständen von der betreffenden Reallast vorgehen. Ob diese Gläubiger, wenn der Erlös zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht, auch auf die künftig fällig werdenden Reallastenbeträge bis zu ihrer vollständigen Deckung Anspruch zu machen haben, kann zweifelhaft sein.

Fünfte Abtheilung.

Von den Dienstbarkeiten.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen.

§ 520. Dienstbarkeit ist das zum Vortheile eines bestimmten Grundstücks oder einer bestimmten Person bestehende Recht an einer fremden Sache, vermöge dessen deren Eigenthümer rücksichtlich dieser Sache etwas zu dulden oder zu unter-

lassen hat. Es giebt keine Dienstbarkeit an einer eigenen Sache, und keine Dienstbarkeit an einer Dienstbarkeit.

Motive. Warum man die Eintragung der Grunddienstbarkeiten in die Grund- und Hypothekenbücher weder für nothwendig, noch für zweckmäßig angesehen hat, ist bereits in den allgemeinen Motiven angegeben; weshalb man sich hiermit darauf bezieht.

Durch die Worte in obigem §: „zum Vortheile eines bestimmten Grundstückes oder einer bestimmten Person" soll nur angedeutet werden, daß die Dienstbarkeit, als Recht an einer fremden Sache, einem bestimmten Grundstücke oder einer bestimmten Person zustehen könne, nicht aber etwa, daß die Dienstbarkeit als persönliches Recht denkbar sei. Die einzelnen Bestandtheile des hier zusammengefaßten Begriffes der Dienstbarkeit werden in den folgenden §§ näher bestimmt.

Soviel den Satz: „es giebt keine Dienstbarkeit an einer eigenen Sache" betrifft, so gilt derselbe schon gemeinrechtlich (l. 26 D. de serv. P. U.). Eine Folge davon ist die, daß jede Servitut erlöscht, wenn der Servitutberechtigte die dienende Sache oder der Eigenthümer des dienenden fundus den herrschenden fundus erwirbt. Eine Ausnahme tritt beim Miteigenthume ein. Denn eine einmal bestellte Dienstbarkeit geht durch den theilweisen Erwerb der dienenden Sache von Seiten des Dienstbarkeitsberechtigten und umgekehrt nicht unter.

Endlich ist die Regel: „servitus servitutis esse non potest" ebenfalls schon gemeinrechtlich (l. 1 D. de usu et usufr.). Die Ausnahme, welche man gewöhnlich beim ususfructus omnium bonorum und beim gesetzlichen ususfructus macht, hat ihren Grund darin, daß in diesen Fällen das Object der Dienstbarkeit des ususfructus ein ganz anderes ist, als die Dienstbarkeit[1].

Von den Schriftstellern des gemeinen Rechts sind bekanntlich verschiedene Ansichten über den Begriff und das Wesen der Dienstbarkeit aufgestellt worden[2]. Nach der Begriffsbestimmung des B. G.-B. gehören die Dienstbarkeiten zu den erworbenen Rechten an fremder Sache, welche einzelne, im Eigenthume enthaltene Befugnisse betreffen und deren Bestehen in so fern eine Beschränkung des Eigenthums zur Folge hat, als der Eigenthümer zum Besten einer Person oder eines Grundstücks etwas dulden oder unterlassen muß, also gewisse an sich in seinem Eigenthum begründete Befugnisse nicht ausüben darf. Bei den persönlichen Dienstbarkeiten lösen sich diese Befugnisse in der Gestaltung selbständiger Rechte vom Eigenthume ab, ohne jedoch dasselbe aufzuheben oder Eigenthumsbestandtheile zu werden[3]; bei den Grunddienstbarkeiten liegt das Wesentliche darin, daß das dienende Grundstück mit Bezug auf seine natürlichen Eigenschaften und seine dadurch bedingte Benutzungsart der fremden Herrschaft unterworfen ist; das Eigen-

---

1. Der Entwurf enthielt vor den Worten „keine Dienstbarkeit an einer Dienstbarkeit" noch den Beisatz „ausgenommen den Fall des Nießbrauchs an einem ganzen Vermögen und des gesetzlichen Nießbrauches". Dieser Beisatz ist auf Antrag der ständischen Deputationen als selbstverständlich und überflüssig in Wegfall gebracht worden (Beill. zur III. Abth. Bd. 3, S. 793 u. zur II. Abth. Bd. 3, S. 386 folg.).

2. Vergleiche darüber Neuner a. a. O. S. 57 folg. Siebenhaar, Correalobligationen S. 174 folg. 191 folg.

3. l. 25 pr. D. de V. S. l. 66. § 6. de leg. II. l. 33. § 1. D. de usufr.

thum des herrschenden Grundstücks wird durch die Dienstbarkeit gleichsam erweitert, das des dienenden Grundstücks dagegen eingeschränkt[1].

---

§ 521. Soweit nicht ein Gesetz entgegensteht, kann jede zum Vortheile des Berechtigten gereichende Art der Nutzungen einer fremden Sache Gegenstand einer Dienstbarkeit sein, selbst wenn dadurch dem Berechtigten nur eine Annehmlichkeit verschafft wird.

Motive. Wenn hier gesagt wird, daß der Vortheil, welchen eine Dienstbarkeit verschaffen soll, auch in einer bloßen Annehmlichkeit bestehen kann, so ist dadurch von dem gemeinrechtlichen Grundsatze (l. 8 pr. D. de servit.), daß eine Grunddienstbarkeit nicht blos amoenitatis causa bestellt werden könne, nicht abgegangen worden, indem bei einer Grunddienstbarkeit ein Grundstück berechtigt ist und hierdurch ausgeschlossen wird, daß einer Person blos zu ihrem persönlichen Vergnügen eine Dienstbarkeit an einem Grundstücke eingeräumt werden könne.

Eine Dienstbarkeit ohne irgend ein rechtliches Interesse läßt sich nicht denken; doch ist nicht erforderlich, daß gerade jeder Eigenthümer des fundus dominans von der Dienstbarkeit Gebrauch machen kann.

Auf die Gesetze, durch welche gewisse Arten von Dienstbarkeiten für unstatthaft erklärt worden sind, wird in der Publicationsverordnung verwiesen.

Den Motiven ist hinsichtlich der Grunddienstbarkeiten nur die Bemerkung beizufügen, daß der Zweck einer solchen Dienstbarkeit auch nach gemeinem Rechte darin besteht, daß dem herrschenden Grundstücke ein Vortheil verschafft, die Verhältnisse des Grundstücks im Gegensatze zu den rein persönlichen Bedürfnissen und Neigungen des Eigenthümers, verbessert werden sollen, ut melior fiat conditio fundi; es kann sogar, obgleich dieß nicht nothwendig ist, der Geldwerth des Grundstücks erhöht werden, wenn demselben eine Annehmlichkeit der Benutzung, z. B. eine freie Aussicht gegeben wird. Demnach sind Grunddienstbarkeiten, welche nur der Annehmlichkeit halber bestellt werden, in diesem Sinne auch dem Röm. Rechte nicht fremd. Eben deshalb, weil bei der Grunddienstbarkeit die Rücksicht auf das Grundstück und nicht die Rücksicht auf rein persönliche Verhältnisse des jeweiligen Eigenthümers entscheidet, ist es auch für die Bestellung einer Grunddienstbarkeit nicht erforderlich, daß jeder Eigenthümer, oder Derjenige, welcher sie erwerben will, für seine Person einen Nutzen oder eine Annehmlichkeit davon hat.

Uebrigens vergl. man noch § 3 der Publicationsverordnung.

---

§ 522. Eine Dienstbarkeit kann nicht darin bestehen, daß der Eigenthümer der dienenden Sache etwas gebe oder thue. Soll eine solche Verpflichtung mit einer Dienstbarkeit verbunden sein, so gelten darüber die Vorschriften über die Reallasten.

---

1. l. 5. § 9. D. de O. N. N. l. 86 D. de V. S. l. 12 D. quemadm. serv. amitt. Siebenhaar a. a. O. S. 192 folg. und Annalen N. F. Bd. 4, S. 114.

Motive. In diesem § ist der Satz: „servitus in faciendo consistere nequit“ ausgedrückt. Die vermeintliche Ausnahme bei der servitus oneris ferendi wird später erwähnt. Servitutähnliche Verhältnisse, bei welchen der Verpflichtete Etwas thun oder geben soll, fallen unter den Begriff der Reallasten. Dasselbe gilt dann, wenn eine Verpflichtung zum Thun oder Geben mit einer Dienstbarkeit verbunden, z. B. wenn der Eigenthümer des dienenden Grundstückes zu Wiederherstellung der für die Ausübung der Dienstbarkeit nöthigen Vorrichtungen verpflichtet sein soll.

Die Bestimmung des § folgt aus dem in § 520 ausgesprochenen Grundsatze, daß eine Dienstbarkeit nur im Dulden und Unterlassen bestehen kann. Beschränkt sich das Ganze der Leistung auf ein Geben oder Thun, so fällt dieselbe ausschließlich in das Gebiet der Reallasten; hat sich neben der Bestellung einer Dienstbarkeit der Eigenthümer des dienenden Fundus auch noch verpflichtet, etwas im Interesse des Berechtigten zu geben oder zu thun, z. B. gewisse Vorrichtungen herzustellen und zu unterhalten, so könnte in Ansehung dieser letzteren Verpflichtung der Gesichtspunkt der Reallast und in so weit die Nothwendigkeit der Eintragung in das Grundbuch eintreten.

---

§ 523. Es ist zuläßig, daß der Berechtigte für die Dienstbarkeit eine Gegenleistung zu entrichten hat.

Motive. Wenn in dem § ausgesprochen wird, daß der Begriff der Dienstbarkeit dadurch nicht ausgeschlossen werde, daß der Berechtigte für die Dienstbarkeit eine Gegenleistung giebt, so stimmt dieß mit unserem bisherigen Rechte überein. Eine wichtige Folge davon ist die, daß an Dienstbarkeiten, für deren Ausübung eine Gegenleistung gegeben wird, ein Rechtsbesitz und eine Ersitzung zuläßig ist, was in § 546 des Entwurfs (§ 531 des B. G.-B.) noch besonders hervorgehoben wird.

Dieser §, welcher nicht auf die Frage zu beziehen ist, ob für die Einräumung einer Dienstbarkeit ein für allemal ein Kaufpreis oder eine sonstige Entschädigung ausbedungen werden dürfe, erkennt den in der Sächs. Praxis [1] bisher schon befolgten Grundsatz an, daß es mit dem Begriff und dem Wesen einer Dienstbarkeit nicht unvereinbar sei, wenn für die Ausübung derselben eine wiederkehrende Leistung von dem Berechtigten entrichtet werde.

Dieser Grundsatz ist, wie die Motive bemerken, von besonderer Wichtigkeit bei den Grunddienstbarkeiten, weil nach demselben auch die Ersitzung einer Grunddienstbarkeit, bei deren Ausübung eine derartige Gegenleistung thatsächlich entrichtet wurde, erfolgen kann, durch die Gewährung dieser Gegenleistung also die bei dem Erwerbe durch Ersitzung erforderliche opinio juris nicht ausgeschlossen wird. Nach § 531 würde nun bei wiederkehrenden Gegenleistungen, für die Ausübung einer Grunddienstbarkeit, auch ein Rechtsbesitz auf Seiten des Empfängers der Gegenleistung stattfinden; dieser Rechtsbesitz des Empfängers darf aber nur in seinem Zusammenhange mit dem Rechtsbesitze der Servitut auf Seiten des Gebers selbst aufgefaßt werden, so daß infolge des ersteren der Eigenthümer der dienenden Sache keine selbständige Berechtigung erwirbt, sondern die Verbindlichkeit zur Gegenleistung lediglich als eine durch den Rechtsbesitz der letzteren begründete Modalität der Dienstbarkeit selbst erscheint. Als Reallast (des herrschenden Grundstücks) hat das B. G.-B. diese Gegenleistungen offenbar nicht betrachtet, weil bei den Reallasten Rechtsbesitz und Ersitzung in § 512 ohne alle Ausnahme für unstatthaft erklärt worden sind.

---

1. Zeitschr. f. R. u. V. Bd. 11, S. 264; Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1844, S. 250.

Der im § 531 gedachte Rechtsbesitz der Gegenleistung kann also bei der Ersitzung einer Grunddienstbarkeit niemals die Wirkung haben, daß infolge desselben die Gegenleistung zur Reallast wird. Es verschafft aber auch derselbe, wenn die Ersitzung einer also modificirten Grunddienstbarkeit vollendet worden ist, dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks kein selbständiges Recht auf die Ausübung und die Fortdauer der seinem Grundstücke aufliegenden Dienstbarkeit. Denn die Gegenleistung, welche nur die Last der Dienstbarkeit vermindern oder ausgleichen soll, steht zu dem Rechte der letzteren in einem untergeordneten und abhängigen Verhältnisse. Es wird also, wie bereits angedeutet, der § 531 überhaupt so aufzufassen sein, daß a) die Dienstbarkeit nur gegen Entrichtung der Gegenleistung factisch ausgeübt, der Berechtigte nur in dieser Beschränkung im Besitze der Dienstbarkeit geschützt und die Grunddienstbarkeit nur mit dieser Beschränkung ersessen werden kann, sowie b) daß, nach Vollendung dieser Ersitzung, der Eigenthümer des dienenden Grundstücks zwar befugt ist, die Gegenleistung, wenn dieselbe nicht etwa in gewissen, für die jedesmalige Ausübung zu gewährenden Abentrichtungen besteht, auch dann zu fordern, wenn der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks die Dienstbarkeit zeitweilig nicht ausübt, daß sich aber der letztere durch Verzicht auf die Dienstbarkeit von der Gegenleistung zu befreien vermag. Das so eben (ad b) erwähnte Verhältniß tritt in allen Fällen einer mit Gegenleistungen verbundenen Dienstbarkeit, also auch dann ein, wenn der Anspruch auf die Gegenleistung nicht in Folge einer Ersitzung, welche nach dem B. G.-B. nur bei Grunddienstbarkeiten stattfindet, sondern auf andere Weise erworben worden ist. Zu bemerken ist indeß noch, daß bei Grunddienstbarkeiten die Gegenleistung allerdings die Eigenschaft einer Reallast des herrschenden Grundstücks erlangen kann, wenn die für die Entstehung einer solchen nach § 506 erforderlichen Thatsachen hinzutreten. Bei den Bau- und Kellerrechten, welche ein besonderes Folium haben, wird das sog. solarium nur als eingetragene Reallast denkbar sein.

---

§ 524. Dienstbarkeiten sind mit möglichster Schonung des Eigenthums auszuüben.

Motive. In § 536 und 537 des Entwurfs (§ 524 des B. G.-B.) sind allgemeine Regeln aufgestellt, von welchen später einzelne Anwendungen gemacht werden. In so weit diese Folgesätze nicht erschöpfend sein sollten, würde auf jene allgemeinen Regeln zu recurriren sein.

Der § 536 des Entwurfs: „Im Zweifel spricht die Vermuthung gegen das Dasein und gegen den größeren Umfang der Dienstbarkeit" — ist bei der Schlußredaction als überflüssig gestrichen worden.

---

§ 525. Die Vorrichtungen zu Ausübung einer Dienstbarkeit hat der Berechtigte herzustellen und zu erhalten.

Motive. In diesem § hat man die Vorrichtungen, welche bereits bei Bestellung der Servitut vorhanden sind, nicht besonders hervorgehoben, weil die Frage, ob der Verpflichtete die Benutzung derselben dem Berechtigten gestatten müsse, aus dem der Dienstbarkeit zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte zu beantworten, also eine bloße quaestio voluntatis ist. Ebenso gehörte das Verhältniß, welches zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten in Beziehung auf die Herstellung und Erhaltung der nöthigen Vorrichtung besteht, wenn beide dieselben

gemeinschaftlich benutzen, als ein blos obligatorisches, nicht hierher. Uebrigens enthält der § 540 des Entwurfs (§ 526 des B. G.-B.) die mit der Vorschrift des gegenwärtigen § im Zusammenhange stehende Bestimmung, daß der Verpflichtete die Herstellung und Erhaltung der zu Ausübung der Dienstbarkeiten nöthigen Vorrichtungen, mithin alle darauf bezüglichen Handlungen gestatten muß.

Ein Beitrag des Servitutenberechtigten zu den Kosten der Instandhaltung einer bereits bestehenden, auch von dem Eigenthümer benutzten Vorrichtung, z. B. einer Brücke, eines Steges, ist nicht als eine Gegenleistung im Sinne des § 523 aufzufassen. Annalen N. F. Bd. 1, S. 227.

---

§ 526. Der Eigenthümer der dienenden Sache muß dem Berechtigten alle Handlungen gestatten, ohne welche die Dienstbarkeit nicht ausgeübt werden kann, und sich aller Verfügungen über die dienende Sache enthalten, durch welche die Dienstbarkeit gehindert oder gestört werden würde.

Man verweist hierbei auf die Motiven zum vorigen §; zu den Handlungen, welche der Eigenthümer der dienenden Sache dem Berechtigten gestatten muß, gehört also auch die Herstellung, Unterhaltung, Reinigung u. s. w., der zur Ausübung der Servitut nöthigen Vorrichtungen. In so fern dem Eigenthümer die Mitbenutzung der von dem Berechtigten angelegten Vorrichtungen zusteht, kann hinsichtlich der Instandhaltung der letzteren ein obligatorisches Verhältniß zwischen beiden entstehen, dessen nähere Erörterung nicht hierher gehört. (Man vergl. § 522.)

Der Entwurf enthielt vor diesem, noch folgenden § (539): „Der Eigenthümer der dienenden Sache behält der Dienstbarkeit gegenüber alle Eigenthumsbefugnisse, soweit sie nicht durch die Dienstbarkeit ihm entzogen oder beschränkt sind". Dieser § wurde bei der Schlußredaction gestrichen, weil der ebenerwähnte Satz bereits im § 527 mit ausgesprochen worden ist.

---

§ 527. Soweit die Dienstbarkeit eine gleichartige Benutzung der dienenden Sache von Seiten des Eigenthümers zuläßt, und die Dienstbarkeit mit einem Verbietungsrechte gegen ihn in dieser Richtung nicht erworben ist, hat der Eigenthümer das Recht zu der gleichartigen Benutzung und zu Bestellung von gleichartigen Dienstbarkeiten an Andere.

Motive. Durch die Worte: „soweit die Dienstbarkeit eine gleichartige Benutzung der dienenden Sache von Seiten des Eigenthümers zuläßt", wird angegeben, daß, wenn die gleichzeitige Benutzung durch die Natur der Sache ausgeschlossen ist, der Eigenthümer dem Berechtigten nachsteht und weder selbst zur Benutzung berechtigt ist, noch gleichartige Dienstbarkeiten bestellen kann. Soviel das mit den Dienstbarkeiten verbundene besondere Verbietungsrecht angeht, so hat der Berechtigte, wenn er sich auf ein solches bezieht, den Beweis zu übernehmen. Wie ein solches Verbietungsrecht erworben wird, ist § 605 des Entwurfs (§ 589 des B. G.-B.) bestimmt.

---

§ 528. Hypothekarische Gläubiger, welche einer durch Vertrag oder letzten Willen bestellten Dienstbarkeit dem Alter nach vorgehen, können im Falle einer Zwangsversteigerung das im § 519 bestimmte Verfahren verlangen.

Motive. Nach dem bisherigen Rechte hatten hypothekarische Gläubiger ein solches Recht, wie es ihnen der § giebt, nicht. In Gemäßheit dieses § bedarf es zwar zur Bestellung der Dienstbarkeiten der Einwilligung der Hypothekarier nicht; es können dieselben aber dadurch in ihren Rechten nicht beeinträchtigt werden. Derjenige, welcher sich eine Dienstbarkeit bestellen läßt, kann sich darüber, ob er den Hypothekariern gegenüber sichergestellt sei, durch Einsicht des Hypothekenbuches Gewißheit verschaffen. Bei dem § wird vorausgesetzt, daß die Hypothekarier nicht etwa in die Bestellung der Dienstbarkeit eingewilligt haben. Auf Dienstbarkeiten, welche durch Ersitzung erworben werden, bezieht sich derselbe nicht.

Die in diesem § enthaltene Bestimmung ist eine Folge des bereits in § 376 aufgestellten allgemeinen Principes. Hat der Hypothekengläubiger die Bestellung der Dienstbarkeit genehmigt, so fällt die im § 528 erwähnte Berechtigung desselben von selbst hinweg. Daß dieselbe bei einer durch Ersitzung oder rechtskräftige Entscheidung erworbenen Servitut überhaupt nicht stattfindet, erklärt sich dadurch, daß in diesen Fällen die Entstehung der letzteren nicht auf einer willkürlichen Verfügung des Eigenthümers über das verpfändete Grundstück, sondern unmittelbar auf einer gesetzlichen Bestimmung oder richterlichen Anordnung beruht. Wenn bei der Zwangsversteigerung auf Antrag eines älteren Hypothekengläubigers ein doppeltes Ausgebot (vergl. § 519 und die Bemerkungen dazu) erfolgen muß und das Grundstück dem Meistbietenden ohne die Dienstbarkeit zugeschlagen worden ist, erlöscht die letztere. Der bisherige Dienstbarkeitberechtigte kann, wegen Wegfall seines Rechtes, einen Entschädigungsanspruch an den Besteller der Dienstbarkeit oder den Eigenthümer des damit belasteten Grundstücks haben; eine prioritätische Befriedigung wegen der auszumittelnden Entschädigungssumme aus dem nach Berichtigung der älteren Hypothekenforderungen etwa verbleibenden Ueberreste der Erstehungsgelder würde aber nur beim Nießbrauche (beziehungsweise wenn dieser im Grundbuche eingetragen worden) statthaft erscheinen. Man vergl. hierüber die Annalen N. F. Bd. 3, S. 160 folg.) Auf den gesetzlichen Nießbrauch bezieht sich die Disposition des § natürlich nicht.

---

§ 529. Treffen mehrere Dienstbarkeiten an derselben Sache zusammen, welche nicht oder nicht unbeschränkt neben einander ausgeübt werden können, so hat die ältere Dienstbarkeit den Vorzug vor der jüngeren. Sind die Dienstbarkeiten gleichzeitig bestellt, so muß jeder Berechtigte, wenn dadurch eine Ausübung der mehreren Dienstbarkeiten neben einander ermöglicht werden kann, zu Gunsten der Anderen verhältnißmäßig etwas nachlassen, entweder rücksichtlich des Umfanges oder rücksichtlich der Zeit der Ausübung. Können hierdurch die mehreren Dienstbarkeiten nicht erhalten werden, so entscheidet das Loos.

Die hier gegebenen Vorschriften folgen aus den allgemeinen, die Collision dinglicher Rechte betreffenden Grundsätzen[1]. Der Schlußsatz gewährt ein Auskunftsmittel, wodurch,

1. Vergl. §§ 130. 131. 764 des B. G.=B. Ueber den Fall der Collision eines Nießbrauchs mit später bestellten Servituten, vergl. § 569.

sofern eine allerseitige Ausübung der sämmtlichen gleichzeitig entstandenen Dienstbarkeiten nicht stattfinden kann, die allein zur Ausübung gelangende Servitut bestimmt wird.

Ob Diejenigen, welche im Falle der Entscheidung durch das Loos ihre Dienstbarkeit verlieren, einen Schädenanspruch an den Eigenthümer der dienenden Sache haben, ist facti quaestio.

---

§ 530. Der Rechtsbesitz bei Dienstbarkeiten ist, soweit es die Natur derselben zuläßt, nach den Vorschriften über den Besitz an Sachen zu beurtheilen.

Motive. Angehend diesen §, so ist darauf aufmerksam zu machen, daß, da nach § 663 des Entwurfs (§ 647 des B. G.=B.) die Ersitzung persönlicher Dienstbarkeiten ausgeschlossen ist, der Rechtsbesitz bei denselben nur als possessio ad interdicta in Betracht kommen kann.

Der Entwurf enthielt noch einen besonderen § (544) des Inhalts: „Wer sich im Verhältnisse thatsächlicher Ausübung einer Dienstbarkeit befindet, ist Inhaber, und wer zugleich den Willen hat, sie als eine ihm zustehende Dienstbarkeit auszuüben, Besitzer derselben." Dieser § ist, weil nach Inhalt der §§ 530 u. 186 des B. G.=B. unnöthig, bei der Schlußredaction weggelassen worden.

---

§ 531. Kommen bei Dienstbarkeiten wiederkehrende Gegenleistungen des Berechtigten an den Eigenthümer des dienenden Grundstücks vor, so findet bei den Gegenleistungen Rechtsbesitz statt.

Hierbei sind die Bemerkungen zu § 523 zu vergleichen.

---

§ 532. Derjenige, welchem eine Dienstbarkeit zusteht, hat gegen Jeden, welcher die Ausübung derselben hindert oder stört, oder die Dienstbarkeit auf Grund eines angeblich ihm zustehenden Rechtes bestreitet, eine Klage auf Anerkennung der Dienstbarkeit, Beseitigung des Hindernisses und Wiederherstellung des vorigen Zustandes, Ersatz des zugefügten Schadens und Androhung einer Strafe für weitere Störungen.

Motive. Der § harmonirt mit dem § 332 des Entwurfs (§ 321 des B. G.=B.). Wie bei der actio negatoria, so kann bei der actio confessoria eine sogenannte turbatio verbalis blos dann in Betracht kommen, wenn die störende Aeußerung eine Collision zwischen dem Rechte des Dienstbarkeitsberechtigten und dem Rechte Desjenigen, von welchem die Aeußerung ausgeht, erkennen läßt. Die actio confessoria würde hiernach z. B. nicht begründet sein, wenn Jemand behauptete, daß die Dienstbarkeit nicht dem Berechtigten, sondern einem Dritten zustehe.

Nach dem § hat Derjenige, welchem eine Dienstbarkeit zusteht, die Confessorienklage wegen thatsächlicher oder wörtlicher Störung nicht blos gegen den Eigenthümer der dienenden Sache selbst, sondern überhaupt gegen Jeden, welcher eine thatsächliche oder wörtliche Störung vorgenommen hat. Nur ist zum Begriffe einer die Anstellung dieser Klager begründenden Verbalturbation erforderlich, daß das Bestehen, oder der Umfang der Dienstbarkeit mit Bezug auf ein, dem Störenden angeblich zustehendes, mit dem Rechte der Dienstbarkeit in Collision tretendes, Recht erfolgt sei.

---

§ 533. Der Kläger hat den Beweis der Dienstbarkeit zu führen, selbst wenn er sich im Rechtsbesitze befindet und selbst wenn er durch richterliches Erkenntniß in demselben geschützt worden ist.

Motive. Zu diesem § ist das zu § 333 des Entwurfs (§ 322 des B. G.-B.) Gesagte zu vergleichen. Uebrigens wird an der Beweislast dadurch nichts geändert, daß der Gegner das Bestehen der Dienstbarkeit im Allgemeinen zugiebt und nur die behauptete Ausdehnung derselben bestreitet.

Bei diesem und auch dem vorstehenden § sind die Bemerkungen über die Negatorienklage zu §§ 322 folg. zu vergleichen. Die letztere war in der Lehre von den Servituten nicht besonders zu erwähnen, weil sie überhaupt zum Schutze des Eigenthums gegen jede Störung desselben, mithin auch gegen die unbefugte Ausübung oder die wörtliche Anmaßung einer Servitut bestimmt ist.

---

§ 534. Wird die Klage wider eine Person angestellt, welche die dienende Sache im fremden Namen inne hat, oder durch Ausübung eines Rechtes im Namen eines Dritten die Dienstbarkeit gestört hat, so kann sie die Klage von sich abwenden, wenn sie Denjenigen nennt, in dessen Namen sie die Sache inne hat, oder für den sie das Recht ausgeübt hat, und dieser den Rechtsstreit an ihrer Stelle übernimmt. Soweit sie selbst eine Verschuldung trifft, bleibt sie dessenungeachtet verpflichtet.

Der § 534 betrifft die nominatio auctoris bei der Confessorienklage. Man vergl. dazu die Bemerkungen zu §§ 321. 324.

Zweiter Abschnitt.

Grunddienstbarkeiten.

I. Wesen der Grunddienstbarkeiten.

§ 535. Eine Dienstbarkeit, welche zum Vortheile eines bestimmten Grundstücks an einem anderen Grundstücke besteht, ist eine Grunddienstbarkeit. Selbst wenn sie dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks nur für seine Person bestellt ist, gilt sie mit dieser Beschränkung als Grunddienstbarkeit.

Motive. Das Princip der Untheilbarkeit der Grunddienstbarkeiten hat man, als bloße ratio, in dem Gesetzbuche nicht in einem allgemeinen Satze aufgestellt. Einzelne Folgesätze davon sind an den betreffenden Stellen ausgedrückt, z. B. daß eine Dienstbarkeit weder theilweise erworben, noch theilweise erhalten werden kann, daß sie durch theilweisen usus erhalten wird, daß die Ausübung des einen Miteigenthümers für die übrigen Miteigenthümer wirkt, daß die Dienstbarkeit nicht theilweise aufgegeben werden kann u. s. w.

In Ansehung des obigen § kann es mitunter zweifelhaft sein, welches das herrschende Grundstück sei, z. B. wenn Jemand zwei verschiedene Grundstücke

besitzt, welche er zusammen bewirthschaftet und blos zur Bewirthschaftung eines dieser Grundstücke eine Dienstbarkeit besteht. In diesem Falle ist lediglich dasjenige Grundstück als das herrschende zu betrachten, zu dessen Bewirthschaftung die Dienstbarkeit gebraucht wird.

Der im Schlußsatze desselben § erwähnte Fall ist namentlich der, wenn eine Grunddienstbarkeit, als solche, Jemandem, als Eigenthümer eines Grundstückes für dieses, jedoch blos auf Lebenszeit, oder blos auf die Besitzzeit, bestellt wird. Ist dagegen ein Recht, welches den Inhalt einer Grunddienstbarkeit zu bilden pflegt, Jemandem blos für seine Person, ohne Rücksicht auf ein Grundstück, eingeräumt worden, so gilt dieses Recht als persönliche Dienstbarkeit. Von dieser letzteren Art der Dienstbarkeiten handelt § 617 des Entwurfs (§ 601 des B. G.-B.).

Als Grunddienstbarkeiten sind, mit Hinsicht auf die Bestimmungen in §§ 62. 291 des Entwurfs (§§ 59. 280 des B. G.-B.), auch solche Dienstbarkeiten zu betrachten, welche zum Besten von Gerechtigkeiten, z. B. einer Fährgerechtigkeit, dienen.

Das Wesen einer Grunddienstbarkeit besteht, wie schon zu § 520 bemerkt worden ist, darin, daß die natürlichen Eigenschaften des dienenden Grundstücks für die Zwecke und zum Vortheile des herrschenden Grundstücks benutzt werden; dem letzteren gereicht aber zum Vortheile nicht blos, was ihm einen directen materiellen Nutzen verschafft, wie z. B. die Füglichkeit einer besseren und leichteren Bewirthschaftung, sondern auch was die Annehmlichkeit steigert, wie z. B. freie Aussicht. Dieses charakteristische Merkmal bleibt auch in dem Falle gewahrt, dessen der Schlußsatz des § gedenkt, weil dabei immer vorausgesetzt werden muß, daß die Servitut den Zwecken des Grundstücks dient, wenn sie auch durch die Beschränkung auf die Person des Eigenthümers in ihrem Umfange und ihrer zeitlichen Dauer enger begrenzt worden ist. Der Entwurf des B. G.-B. enthielt noch im § 553 den Satz: „Das dienende Grundstück muß eine solche Lage haben, daß es den bezweckten Vortheil bringen kann, und muß diesen Vortheil durch eine ihm innewohnende Eigenschaft gewähren." — Damit sollten die Erfordernisse der sog. vicinitas loci und der perpetua causa servitutis, in ihrer richtigen Bedeutung, ausgedrückt werden. Es ist jedoch dieser § bei der Schlußredaction in Wegfall gebracht worden, weil sich jene Erfordernisse aus der Begriffsbestimmung der Grunddienstbarkeit (§ 535) von selbst ergeben. Ueber den Grund und den Begriff der Untheilbarkeit der Prädialservituten findet man bei den Schriftstellern des gemeinen Rechtes verschiedene Ansichten vertreten[1]. Der richtige Grund dürfte in dem natürlichen Verhältnisse der Grundstücke zu einander zu finden sein. Die natürliche, für das herrschende Grundstück nutzbare, Eigenschaft des dienenden Grundstücks wird vom Eigenthume des letzteren, oder doch von der ausschließlichen Herrschaft des Eigenthümers ausgeschieden und in das Eigenthum des herrschenden Grundstücks übertragen, so daß sie nunmehr gleichsam eine Eigenschaft des letzteren bildet. Da diese natürlichen Eigenschaften dem Grundstücke ungetheilt anhaften, so ist auch eine Erwerbung und Benutzung derselben nach einzelnen Theilen nicht denkbar. Die Untheilbarkeit der Prädialservituten äußert sich darin, daß sie nur dem ganzen herrschenden Grundstücke zustehen und nur an dem ganzen dienenden Grundstücke erworben werden können, aber nicht für ideelle Theile des ersteren und an ideellen Theilen des letzteren. Ebenso wenig ist es möglich, dieselben an einem ideellen, oder für einen ideellen Theil der betreffenden Grundstücke auszuüben, denn die Eigenschaft des Ganzen haftet ungetheilt an jedem ideellen Theile des Ganzen. Daß gleichwohl Grunddienstbarkeiten für räumlich gesonderte

1. Vergl. Siebenhaar a. a. O. S. 195. Hofmann, von den Servituten Bd. 1, S. 65. 108.

Theile eines Grundstücks und an räumlich gesonderten Theilen eines solchen erworben werden, hebt den Begriff der Untheilbarkeit nicht auf, weil auch in diesem Falle nur Eigenschaften in Frage sind, welche, so lange keine räumliche Theilung erfolgt, dem ganzen Grundstücke anhaften und die zwar mit einer gewissen Beschränkung, aber in dieser Beschränkung nur im Ganzen und nicht nach Theilen, benutzt werden können.

---

§ 536. Grunddienstbarkeiten können weder dem Rechte, noch der Ausübung nach von dem herrschenden Grundstücke getrennt und auf ein anderes Grundstück übertragen werden. Ebensowenig können sie von dem dienenden Grundstücke auf ein anderes Grundstück übertragen werden.

Diese mit dem gemeinen Rechte übereinstimmende Vorschrift folgt daraus, daß die Grunddienstbarkeit ihrem Wesen und ihrer Bestimmung zufolge lediglich den Interessen des herrschenden Grundstücks dienen soll. Der im Entwurfe (§ 551) noch enthaltene Satz: „sind Zubehörungen des Grundstücks, zu dessen Vortheile sie bestehen" ist mit Genehmigung der ständischen Deputation als überflüssig und zu Mißverständnissen führend weggelassen worden (vergl. Dep.-Ber. d. II. Kammer, Beilagen ꝛc. Abth. 3. Bd. 3, S. 793 und Dep.-Ber. d. I. Kammer, Beilagen ꝛc. Abth. 2. Bd. 3, S. 386).

---

§ 537. Eine Grunddienstbarkeit kann nur ausgeübt werden, soweit es das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks, oder die Benutzung desselben erfordert. Zu anderen Zwecken und zu Gunsten Dritter kann die Dienstbarkeit nicht ausgeübt werden.

Motive. Nach dem § giebt ein durch später eingetretene Veränderung in der Cultur des herrschenden Grundstückes gesteigertes Bedürfniß keinen Anspruch auf Erweiterung des Umfanges der Servitut; vielmehr ist in diesem Falle der Umfang der Servitut nach dem Willen des Constituenten und beziehendlich nach der Rechtsregel tantum praescriptum quantum possessum dem gesteigerten Bedürfnisse gegenüber zu bestimmen.

Für die Beantwortung der Frage, wie bei einer Veränderung in der Cultur oder sonstigen Benutzungsart des herrschenden Grundstücks die Grunddienstbarkeit ausgeübt werden dürfe, ist, wie die Motiven andeuten, der Wille der Betheiligten, der Inhalt einer rechtskräftigen Entscheidung (§ 576) oder der bei der Ersitzung nachgewiesene Besitzstand maßgebend. Ueber die auf die eine oder die andere Weise festgestellten Grenzen hinaus darf die Dienstbarkeit nicht ausgeübt, es muß also eintretenden Falls ermittelt werden, wie und in welcher Modalität dieselbe für die gesteigerten Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks, ohne größere Belästigung des dienenden, gebraucht werden kann. Als eine dem Zwecke der Grunddienstbarkeit fremde Benutzung zu Gunsten Dritter ist es nicht unbedingt anzusehen, wenn an der ursprünglich von dem Eigenthümer eines Wohngebäudes für dieses erworbenen Dienstbarkeit, später auch dessen Miethbewohner mit Theil nehmen. Annalen N. F. Bd. 3, S. 252.

---

§ 538. Grunddienstbarkeiten haften auf dem ganzen herrschenden und ganzen dienenden Grundstücke. Sie können nach ideellen Theilen weder erworben werden, noch erlöschen.

Dieser § beruht, wie bereits in der Motive zu § 535 bemerkt worden, ebenso wie der folgende, auf dem Principe der Untheilbarkeit der Servituten.

---

§ 539. Eine ideelle Theilung des herrschenden oder dienenden Grundstücks ändert die Grunddienstbarkeit nicht. Auch bei einer natürlichen Theilung besteht sie für alle Theile oder an allen Theilen fort, ausgenommen wenn sie sich ausschließlich auf einen natürlichen Theil des herrschenden oder dienenden Grundstücks beschränkt, welchenfalls nach der Theilung nur dieser Theil als herrschendes oder dienendes Grundstück gilt. Weder die ideelle noch die natürliche Theilung darf eine größere Belästigung des dienenden Grundstücks zur Folge haben.

Motive. Nach dem § besteht, wie bei einer ideellen Theilung des fundus dominans, so auch bei natürlicher Theilung desselben, die Servitut dergestalt fort, daß die Ausübung derselben durch die condomini oder die Besitzer der einzelnen natürlichen Theile, nicht als Ausübung so vieler einzelner Servituten, als Theile vorhanden sind, sondern als Ausübung der Servitut, wie sie vor der Theilung bestand, zu betrachten ist. Die Ausnahme bei der natürlichen Theilung betrifft den Fall, wo in einem ein Ganzes bildenden Grundstückscomplexe sich ein Grundstück befindet, um dessen willen dem Ganzen eine Dienstbarkeit bestellt worden ist. In diesem Falle geht, wenn das betreffende Grundstück aus dem Grundstückscomplexe ausscheidet, die Dienstbarkeit auf dieses Grundstück über.

Bei einer natürlichen Theilung des dienenden Grundstücks kann auch der Fall vorkommen, daß die Dienstbarkeit z. B. eine Wegeservitut, ein Befugniß zum Wasserschöpfen, auf einem einzelnen, zu einem ganzen Complexe gehörigen Grundstücke ruht. Alsdann gilt nach dem § dieses einzelne Grundstück nach der Theilung als das dienende. Bei der natürlichen, sowie bei der ideellen Theilung des herrschenden Grundstücks muß die Ausübung der Servitut, wenn sie von mehreren Personen ausgeübt werden soll, dergestalt geregelt werden, daß sie im Ganzen das dienende Grundstück nicht mehr als bisher belästigt.

II. Einzelne Grunddienstbarkeiten.

§ 540. Soweit nicht Gesetze gewisse Dienstbarkeiten für unzulässig erklären, kann jede Art der Nutzung, welche ein Grundstück dem anderen zu gewähren geeignet ist, Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein. Das Recht, die gesammten Nutzungen eines fremden Grundstücks zu ziehen, oder eine Wohnung auf demselben zu benutzen, kann nicht als Grunddienstbarkeit bestehen.

Motive. In diesem § wird der Satz ausgedrückt: servitutum numerus non est clausus. In den darauf folgenden §§ werden einzelne Grunddienstbarkeiten, welche etwas Besonderes haben, behandelt. Alle diese Vorschriften treten

jedoch nur soweit ein, als nicht bei der Bestellung der Dienstbarkeit etwas Anderes bestimmt ist, oder aus dem Satze: tantum praescriptum quantum possessum sich eine Ausnahme ergiebt.

Das Princip ist, daß lediglich ein solcher Gebrauch des dienenden Grundstücks den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann, welcher dem berechtigten Grundstücke, als solchem, einen Vortheil bringt, dagegen der Gebrauch zu persönlichen Zwecken und der Fruchtgenuß nur als persönliche Servitut bestehen kann. Wenn in dem § 540 von Nutzungen, welche ein Grundstück dem anderen gewähren kann, im Gegensatze zu den gesammten Nutzungen eines Grundstücks und der Wohnung die Rede ist, so erklärt sich dieß daraus, daß nach § 72 die Nutzung sowohl die Früchte, als auch den Gebrauch umfaßt und es hier blos darauf ankam, auszusprechen, daß nur die im ersten Satze bezeichnete Art der Nutzung als Grunddienstbarkeit gedacht werden kann, die im zweiten Satze angegebenen gesammten Nutzungen aber, sowie die Wohnung nie als Inhalt einer Grunddienstbarkeit gelten können.

---

§ 541. Besteht eine Grunddienstbarkeit in der Befugniß, auf der Mauer, dem Gewölbe, der Säule, oder sonst einer Bauanlage des Nachbars ein Bauwerk ruhen zu lassen, so hat der Verpflichtete die Unterlagen in dem Zustande zu erhalten, welchen sie zur Zeit der Auflegung der Last gehabt haben, und dieselben, wenn sie baufällig werden, herzustellen.

Motive. Rücksichtlich der servitus oneris ferendi hat man die Vorschrift in l. 6. § 2 D. si servit. vindicetur, daß der Eigenthümer des dienenden Bauwerkes dieses im baulichen Zustande zu erhalten hat, in das B. G.-B. aufgenommen, weil dieselbe nicht etwa eine Ausnahme von der Regel: servitus in faciendo consistere nequit, enthält, sondern eine bloße Folge des Satzes ist, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstückes die Möglichkeit der Ausübung der Servitut zu gewähren hat. Die actio confessoria geht in diesem Falle auf Wiederherstellung der Unterlagen, durch deren Baufälligkeit die Dienstbarkeit gestört oder gehindert wird. Doch kann sich der Eigenthümer des dienenden Grundstückes natürlich durch Dereliction des letzteren von dieser Verpflichtung befreien.

Zu bemerken ist, daß sich der Eigenthümer von seiner Verpflichtung zur Wiederherstellung der Unterlage nur durch Dereliction des Grundstücks, nicht etwa durch das Aufgeben der Unterlage befreien kann.

---

§ 542. In der Dienstbarkeit, Balken oder andere Baustücke in die Wand oder Mauer des Nachbars einzulegen, ist das Recht enthalten, die schadhaft oder unbrauchbar gewordenen Balken oder anderen Baustücke wieder herzustellen oder durch neue zu ersetzen.

Motive. Durch die (vom Berechtigten auf seine Kosten) zu bewirkende Wiederherstellung der Balken oder anderen Baustücke darf die Last der Dienstbarkeit nicht erschwert werden, sondern es ist dabei darauf Bedacht zu nehmen, daß der für die Balken bestimmte Raum nicht überschritten oder der Druck der Gesammtlast nicht vermehrt wird.

Der § betrifft die gemeinrechtliche servitus tigni immittendi, bei welcher der Eigenthümer des dienenden Grundstücks nur die Verpflichtung hat, das Aufliegen der Balken und Baustücke, sowie die Refection der Unterlage durch den Eigenthümer des herrschenden Grundstücks, zu gestatten, aber nicht wie bei der servitus oneris ferendi, das tragende Bauwerk im Stande zu erhalten[1]. Uebrigens ist zu bemerken, daß die in §§ 541. 542 enthaltenen Bestimmungen möglicherweise durch Landes- und Localbauordnungen modificirt werden können, und daß nach dem Gesetze vom 11. Juni 1868, die Gültigkeit der Localbauordnungen betr., eine von dem Ministerium des Innern bestätigte Localbauordnung für den betreffenden Gemeindebezirk gesetzliche Kraft haben soll.[2]

---

§ 543. Bei der Dienstbarkeit der Dachtraufe hat der Berechtigte zwischen dem Herabfallen des Regenwassers in Tropfen und der Leitung desselben in Röhren oder Rinnen zu wählen und sofern dadurch das dienende Grundstück nicht mehr belästigt wird, die Befugniß, die getroffene Wahl zu ändern, auch den Tropfenfall höher oder niedriger zu legen und die Bauart seines Daches zu ändern, selbst wenn damit eine Aenderung im Tropfenfalle oder in der Röhren- oder Rinnenleitung verbunden ist.

Motive. Es folgt aus dem § 538 des Entwurfs (§ 525 des B. G.-B.), daß der Berechtigte für Herstellung und Erhaltung der Röhren oder Rinnen zu sorgen hat, und zwar ohne Unterschied, ob die Servitut in der Ableitung des Regenwassers von seinem Dache auf das dienende Grundstück, oder in der Ableitung des Regenwassers von dem Dache des dienenden Grundstückes auf sein Grundstück besteht. Daß der Besitzer des dienenden Hauses durch die Dienstbarkeit an sich an der Abbrechung des Hauses selbst nicht gehindert sei, sofern nicht ein besonderes Verbietungsrecht besteht, bedurfte keiner ausdrücklichen Erwähnung.

Wie sich aus der Fassung des § ergiebt, kann das Recht der Dachtraufe, welches, in so fern nicht etwas Anderes bestimmt ist (vergl. die Motive zu § 540), das stillicidium (den tropfenweisen) und die servitus fluminis (den durch Rinnen oder Röhren concentrirten Abfluß) umfaßt, ebensowohl in einem Rechte, das Schnee- und Regenwasser von dem herrschenden Grundstücke abzuleiten, als in dem Rechte, dasselbe auf dieses Grundstück hinzuleiten, bestehen.

---

§ 544. Das Lichtrecht besteht darin, daß auf dem dienenden Grundstücke nichts vorgenommen werden darf, wodurch das für die Oeffnung oder den Raum, worauf sich die Dienstbarkeit bezieht, bezweckte Licht entzogen oder geschmälert wird.

Die in diesem § gedachte Dienstbarkeit des Lichtrechts entspricht im Wesentlichen der servitus ne luminibus officiatur des römischen Rechtes; vergl. l. 4 D. de serv. praed. urban. Die Bestimmungen des § 547 dagegen entscheiden die Zweifel, welche über die eigentliche Bedeutung der römischen servitus luminum bestehen, in einer, den Quellenaussprüchen (l. 4. l. 40 D. de serv. praed. urb. l. 8 C. de servit. et aqu.) entsprechenden Weise, in so fern sie das Recht, Fenster in einer fremden oder gemeinschaftlichen Mauer

---

1. l. 6. § 2. l. 8. §§ 1. 2 D. si serv. vind.

2. Die in der neuesten Zeit durch die Verordnung vom 27. Februar 1869 publicirten Baupolizeiordnungen sind im Ges. u. Ver.-Bl. v. J. 1869 S. 55 folg. enthalten.

zu haben, als Gegenstand einer besonders zu erwerbenden Grunddienstbarkeit bezeichnen, welche aber zugleich die servitus ne luminibus officiatur in sich begreift.

---

§ 545. Ist das Lichtrecht in Bezug auf ein Fenster ohne nähere Bestimmung gestattet, so darf dem Berechtigten der Einfall des Lichtes vom freien Himmel nicht weiter, als bis zur Höhe eines halben rechten Winkels von der Sohlbank des Fensters aufwärts entzogen werden. Wenn das Lichtrecht einem Gebäude im Allgemeinen gestattet worden ist, so ist die Höhe des halben rechten Winkels lediglich nach den Lichtöffnungen im Erdgeschosse zu bemessen.

Die speciellen — im Mangel anderer Bestimmungen — eintretenden Regeln sind neu, und den gegenwärtigen Bedürfnissen entsprechend aufgestellt worden.

---

§ 546. Das Recht der Aussicht giebt die Befugniß, auf dem dienenden Grundstücke jede neue Anlage zu verwehren, durch welche die bezweckte Aussicht entzogen oder geschmälert wird.

Diese Vorschrift enthält nichts von der gemeinrechtlichen servitus ne prospectui officiatur (§ 2 I. de act. ll. 3. 12. 15. 16. D. de serv. praed. urb.) Abweichendes.

---

§ 547. Das Recht, ein Fenster in fremder oder gemeinschaftlicher Mauer zu haben, ertheilt auch das Lichtrecht, das Recht zur Aussicht aber nur, wenn es besonders erworben worden ist.

Auch in diesem Falle gelten in Betreff des mit dem Rechte, ein Fenster in fremder oder gemeinschaftlicher Mauer zu haben, verbundenen Lichtrechtes die Bestimmungen des § 545, soweit dieselben nach den obwaltenden Verhältnissen anwendbar sind. Zur Anbringung eines Fensters, mit Aussicht auf das Nachbargrundstück in seinem *eigenen* Gebäude ist die Erwerbung einer Dienstbarkeit privatrechtlich nicht erforderlich. Indessen ist hier, und überhaupt in Betreff der Bestimmungen in §§ 543—547 die Bemerkung zu § 542 wegen der Landes- und Localbauordnungen zu wiederholen.

---

§ 548. Das Recht des Fußsteiges umfaßt die Befugniß, auf dem Steige zu gehen und, soweit es die Oertlichkeit gestattet, darauf Lasten zu tragen und sich von Menschen tragen zu lassen.

Motive. Zu diesem § ist zu bemerken, daß das Fußsteigsrecht nur die Betretung fremden Grund und Bodens durch *Menschen* zum Gegenstande hat, namentlich aber das Recht, mit Handfuhrwerk zu fahren, darin nicht enthalten ist.

---

§ 549. Das Recht des Fahrweges enthält zugleich das Recht des Fußsteiges. Der Berechtigte darf auf dem Fahrwege fahren, reiten und Vieh führen, nicht aber schwere Lasten schleifen oder freigelassenes Vieh treiben.

Motive. Man hat die Frage, wie es mit dem Schaden zu halten sei, welchen das Vieh beim Uebergange über das verpflichtete Grundstück durch Abgrasen und sonst verursacht, als eine solche betrachtet, welche nach allgemeinen Grundsätzen über die Verbindlichkeit zum Schadenersatze zu beantworten ist. Man wird dabei zu unterscheiden haben, ob das Vieh geführt oder ob es getrieben worden ist. Im ersteren Falle wird, abgesehen von dem Falle einer culpa, der Schaden als natürliche Folge der Ausübung der Dienstbarkeit zu betrachten und daher eine Verbindlichkeit zum Schadenersatze nicht anzunehmen sein. Dagegen liegt im letzteren Falle schon in dem bloßen Treiben des Viehes ein gewisser Grad der Nachlässigkeit, deren Folgen der Berechtigte zu vertreten hat.

Das Recht des Fahrweges, die via, umfaßt nach dem § das (im nächsten § besonders behandelte) Recht zum Viehtreiben nicht mit in sich, es ist daher, wenn einzelne Viehstücke nicht geführt, sondern frei getrieben werden, in dieser Gebahrung eine Nachlässigkeit zu finden, welche bei dem in so weit beschränkten Umfange der Dienstbarkeit eine Verpflichtung zum Schadenersatze begründen kann.

---

§ 550. Das Recht des Viehtriebes umfaßt nicht das Recht zum Fahren. Der Berechtigte muß für den Schaden haften, welcher durch das Uebertreten des Viehes verursacht wird, darf aber zur Abwendung von Schaden den Viehweg vermachen, soweit es ohne Nachtheil für den Eigenthümer des dienenden Grundstücks geschehen kann.

Motive. In Beziehung auf das im § erwähnte Recht, den Viehweg zu vermachen, ist es gleich, ob für den Viehweg eine gewisse Richtung besteht oder nicht.

Der Schaden, welchen das Vieh ohne Uebertreten, durch Abgrasen oder Abfressen verursacht, wird nur in so fern, als dabei eine culpa vorgekommen ist, einen Anspruch auf Schadenersatz begründen können.

---

§ 551. Wenn ein Fußsteig, eine Viehtreibe oder ein Fahrweg ohne nähere Bezeichnung der Richtung oder Breite bestellt oder die Ersitzungszeit hindurch in verschiedenen Richtungen ausgeübt worden ist, so kann auf Antrag des Berechtigten oder Verpflichteten derjenige Theil des dienenden Grundstücks, auf welchem die Dienstbarkeit ausgeübt werden soll, mit Berücksichtigung des Zweckes der Dienstbarkeit, der Oertlichkeit des herrschenden und dienenden Grundstücks und mit möglichster Schonung des letzteren festgestellt werden; es hat jedoch diese Feststellung nicht die Befreiung der übrigen Theile des dienenden Grundstücks von der Dienstbarkeit zur Folge, vielmehr kann, wenn sich die für die Anweisung der Richtung oder Breite maßgebenden Verhältnisse ändern, oder der angewiesene Theil des dienenden Grundstücks untergeht, auf Antrag des Berechtigten oder Verpflichteten die Dienstbarkeit auf andere Theile des dienenden Grundstücks verlegt werden.

Die Vorschrift dieses § rechtfertigt sich von selbst durch den Grundsatz, daß die Dienstbarkeit mit möglichster Schonung des dienenden Grundstücks, aber auch so, wie sie

den Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks entspricht, auszuüben ist, und die Streitigkeiten, welche bei deren willkürlicher Ausübung vorkommen, durch die im § angegebenen Maßregeln vermieden werden können.

---

§ 552. Ist die Richtung des Fußsteiges, der Viehtreibe oder des Fahrweges bei der Bestellung bestimmt oder während der Ersitzungszeit nur eine Richtung beobachtet worden, so kann weder der Berechtigte noch der Verpflichtete die Verlegung verlangen.

Der vorige § soll, wie schon im Eingange desselben bemerklich gemacht wird, ein Auskunftsmittel gewähren, welches in Mangel besonderer Bestimmungen anzuwenden ist, dessen Anwendung also unnöthig und unstatthaft erscheint, wenn bereits eine Bestimmung vorhanden ist, durch deren Abänderung ein speciell erworbenes Recht verletzt werden würde.

---

§ 553. Giebt für die Breite des Fußsteiges oder des Fahrweges weder die Absicht der Betheiligten, noch der Zweck des Weges, noch die Ersitzung einen Anhalt, so ist anzunehmen, daß der Fußsteig eine Breite von drei und der Fahrweg von acht Fuß haben soll.

Motive. Man hat blos für die via und für das iter eine Breite festgestellt, welche in dubio gelten soll. Etwas Aehnliches für den actus zu bestimmen, hielt man nicht für angemessen, vielmehr sind für die Breite des actus die besonderen Verhältnisse des concreten Falles maßgebend.

Die Bestimmung des § über die im Zweifel zu beobachtende Breite des Fahrweges und Fußsteiges schließt sich dem älteren sächsischen Rechte (Magdeburger Weichbildr. Art. 129) an, und weicht von dem röm. Rechte (l. 8 D. de serv. praed. rust.) in Ansehung der via in so fern ab, als sie der doppelten Breite bei der Wendung (in anfractum) nicht gedenkt.

---

§ 554. Des Fußsteiges oder des Fahrweges darf sich, wenn es im Zwecke des Dienstbarkeit liegt, neben dem Berechtigten auch jeder Andere bedienen, welcher entweder auf das herrschende Grundstück oder von da zurück gelangen will.

Dieser § entspricht dem Principe, daß die Grunddienstbarkeit für die Zwecke des herrschenden Grundstücks bestimmt ist. Zu berücksichtigen sind dabei die Worte des §: „wenn es im Zwecke der Dienstbarkeit liegt". Ist nämlich ein Fußsteig oder Fahrweg, z. B. ein Mühlweg, dazu bestimmt, eine regelmäßige Verkehrsverbindung herzustellen, so kann derselbe außer von dem Berechtigten und den zu dessen Hausstande gehörigen Personen, auch von jedem Anderen zu diesem Zwecke benutzt werden; wäre aber die Dienstbarkeit nur für gewisse Gebrauchsfälle, z. B. ein Fußweg nur zum Behufe der Bewirthschaftung eines einzelnen Feldstückes erworben worden, so würde nicht einmal der Berechtigte selbst, und noch weniger ein Anderer diesen Weg als einen regelmäßigen Verbindungsweg benutzen können, auch wenn sich derselbe der Oertlichkeit nach dazu eignete.

---

§ 555. Besteht eine Grunddienstbarkeit in dem Rechte, Flüssigkeiten auf ein fremdes Grundstück abzuleiten, oder durch dasselbe zu leiten, oder von dem fremden Grundstücke auf das herrschende Grundstück hinzuleiten, so muß der Eigenthümer des letzteren die dazu bestimmten Gräben, Canäle, Schleußen, Röhren und Rinnen in Stand erhalten, insbesondere erforderlichen Falles decken und reinigen.

Diese Vorschrift beruht auf dem allgemeinen Grundsatze des § 525. Zu vergl. sind dabei noch die Bemerkungen zu §§ 526 und 543.

III. Rechtsbesitz bei Grunddienstbarkeiten.

§ 556. Der Rechtsbesitz bei Grunddienstbarkeiten setzt den Besitz des Grundstücks voraus, zu dessen Vortheile die Dienstbarkeit ausgeübt wird.

Die Bestimmung des § folgt von selbst aus dem Wesen und der Unzertrennlichkeit der Grunddienstbarkeit von dem Grundstücke, zu dessen Vortheile sie ausgeübt wird. In wie fern dem Eigenthümer und Besitzer des letzteren die Handlungen anderer Personen zu Statten kommen, mit a. W. ein Rechtsbesitz für denselben durch andere Personen ausgeübt oder erhalten werden könne, ist nach §§ 202. 203. 530 und 561 zu beurtheilen.

---

§ 557. An Grunddienstbarkeiten, welche zu ihrer Ausübung eine Anlage oder Vorrichtung auf dem dienenden Grundstücke erfordern, wird der Rechtsbesitz durch Herstellung der Anlage oder Vorrichtung erworben.

> **Motive.** Soviel die hier angegebenen Dienstbarkeiten betrifft, so wird zu Erwerbung des Rechtsbesitzes an denselben erfordert, daß das dienende Grundstück eine der Dienstbarkeit entsprechende Eigenschaft hat. Es erlöscht daher auch die Dienstbarkeit mit dieser Eigenschaft des Grundstückes. Zustände, welche durch Naturereignisse oder Zufall herbeigeführt werden, begründen keine Dienstbarkeiten.

Es liegt in der Natur der Sache und in dem Wesen der Besitzergreifung, daß bei einer Servitut, welche thatsächlich nicht ohne gewisse Vorrichtungen, z. B. Anlegung eines Gerinnes zur Wasserableitung, ausgeübt werden kann, der Rechtsbesitz erst mit der Herstellung dieser Vorrichtung beginnen kann. Hätte sich im gegebenen Beispielsfalle zufällig ein Abfluß gebildet, so würde durch dieses Ereigniß der Rechtsbesitz einer servitus aquaeductus noch nicht begründet werden. Benutzt aber der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks einen durch Naturereignisse hervorgebrachten Zustand auf dem dienenden Grundstücke dadurch, daß er denselben durch eine künstliche Vorrichtung vervollständigt und zur Ausübung der Dienstbarkeit tauglich macht, so wird durch diese Vorrichtung der Rechtsbesitz erworben.

---

§ 558. Geht eine Dienstbarkeit dahin, daß auf dem dienenden Grundstücke Etwas unterlassen werden soll, so wird der Rechtsbesitz erworben, wenn der Eigenthümer des dienenden Grundstücks der Dienstbarkeit zuwider zu handeln versucht,

jedoch auf wörtlichen oder thatsächlichen Widerspruch davon abgestanden hat, oder wenn die Dienstbarkeit eingeräumt oder anerkannt worden ist.

Motive. Man ist auf die Frage, ob und an welche Personen, außer dem Eigenthümer des Grundstückes, das den Rechtsbesitz begründende Verbot mit rechtlicher Wirkung ergehen könne, ob namentlich an Familienglieder, oder Bevollmächtigte, Pächter u. s. w. nicht eingegangen, weil man zu Entscheidung etwaiger, in dieser Hinsicht möglichen Zweifel die allgemeinen Grundsätze über das Verhältniß der angegebenen Personen für ausreichend hielt, auch im Falle einer nicht ganz erschöpfenden Aufzählung der dabei möglicherweise in Frage kommenden Personen die Besorgniß nicht ausgeschlossen fand, daß von dem **argumentum a contrario** eine der Sache nicht entsprechende Anwendung gemacht werden möchte.

Die Beantwortung der Frage, ob durch ein Verbot, welches nicht an den Eigenthümer des dienenden Grundstückes selbst, sondern an eine dritte Person, oder nicht von dem Eigenthümer des herrschenden Grundstückes, sondern statt dessen von einem Anderen erlassen worden ist, der Rechtsbesitz der Dienstbarkeit erworben werden könne, muß nach den über die Stellvertretung beim Besitze geltenden allgemeinen Vorschriften, und mit Berücksichtigung der Verhältnisse des concreten Falles erfolgen. Es wird dabei hauptsächlich zu erwägen sein erstens: ob zwischen dem Dritten und dem Eigenthümer des betreffenden Grundstückes ein Verhältniß besteht, vermöge dessen er zu Wahrung der Interessen dieses Eigenthümers berechtigt und verpflichtet ist, wobei in Ansehung des Usufructuars und des Pachters die Bestimmungen in §§ 612. 1205. 1206 in Betracht gelangen können, und zweitens: ob das Verbot im Namen und im Interesse des Eigenthümers erlassen worden ist, so wie, ob dasselbe dem Eigenthümer selbst, und nicht etwa blos dem Dritten für seine Person gegolten hat.

---

§ 559. Besteht eine Grunddienstbarkeit in der Vornahme einzelner von Zeit zu Zeit vorkommender Handlungen des Berechtigten, so wird der Rechtsbesitz durch diese Handlungen erworben.

Dieser § bezieht sich auf alle Servituten, welche nicht wie die §§ 557. 558 gedachten, eine Unterlassung oder die Duldung eines durch Anlagen oder Vorrichtungen auf dem dienenden Grundstücke in sichtbarer und bleibender Weise geschaffenen Zustandes betreffen, sondern in der Ausübung von Handlungen bestehen, welche sich, wie z. B. das Befahren eines fremden Grundstückes, nach dem jedesmaligen Bedürfnisse des herrschenden Grundstückes richten.

---

§ 560. Gegen Diejenigen, welche Rechte an der dienenden Sache oder den Besitz derselben haben, kann der Besitzer der Dienstbarkeit nur dann Schutz im Besitze verlangen, wenn sein Besitz bei Dienstbarkeiten, welche eine Anlage oder Vorrichtung voraussetzen, oder in Folge welcher auf dem dienenden Grundstücke Etwas unterlassen werden muß, wenigstens ein Jahr lang gedauert hat, bei Dienstbarkeiten aber, welche in Ausübung einzelner von Zeit zu Zeit wiederkehrender Handlungen bestehen, wenigstens drei Besitzhandlungen vorgekommen sind, von welchen die neueste in das letzte Jahr vor der Störung fällt und wenigstens

ein Jahr von der ersten Besitzhandlung entfernt ist. In allen vorgedachten Fällen gilt Hinzurechnung des Besitzes der Vorgänger im Eigenthume des herrschenden Grundstücks.

Motive. Der § enthält im Wesentlichen blos unser bisheriges Recht (man vergl. den Anhang zur Erl. Proceßordnung § 19).

Dem Besitzer steht unter den im § gedachten Voraussetzungen die summarische Besitzklage zu. Vergl. Annalen N. F. Bd. 3, S. 419. 473.

---

§ 561. Durch Personen, welche zwar zu den Besitzhandlungen keinen Auftrag haben, jedoch diese in der Meinung, daß die Dienstbarkeit dem Grundstücke zustehe, vornehmen, kann der Rechtsbesitz erhalten werden.

Motive. In diesem § wird den Handlungen, welche die Dritten vornehmen, blos die Wirkung, daß der Rechtsbesitz erhalten wird, beigelegt; es kann daher durch dieselben der Rechtsbesitz nicht erworben werden.

Im Anschlusse an die Motiven ist nur zu bemerken, daß die Fassung des § deutlich darauf hinweist, es sei die Erwerbung durch Stellvertreter auch bei dem Rechtsbesitze einer Servitut nicht ausgeschlossen. In Bezug auf diese gelten nach § 530 die Bestimmungen der §§ 202 und 203. In wie weit etwa ein Auftrag zur Besitzergreifung in dem Verhältnisse des Dritten zum Eigenthümer liegen könne, muß nach den Umständen des concreten Falles beurtheilt werden. Für den Beweis der Ersitzung der in § 559 gedachten Grunddienstbarkeiten folgt aus den Bestimmungen des § 561, daß wenigstens die erste Besitzhandlung, auf welche sich der Beweis bezieht, von dem Ersitzenden selbst, oder für denselben von einer zu dessen Stellvertretung berufenen dritten Person vorgenommen worden sein muß. Der auf diese Weise begründete und begonnene Rechtsbesitz kann zwar auch durch dritte Personen, z. B. Dienstleute, Arbeiter 2c., welche dazu keinen Auftrag gehabt erhalten und bis zum Ende der Ersitzungszeit fortgesetzt werden, nur müssen die Ergebnisse der Beweisführung auch die Voraussetzung begründen, daß sie die Besitzhandlungen in der Meinung, es stehe die Dienstbarkeit dem Grundstücke zu, also auch mit dem Willen, diese Dienstbarkeit auszuüben, vollzogen haben. Ueber Fälle, wo die Verhältnisse diese Annahme ausschließen, vergl. man die Annalen N. F. Bd. 1, S. 48. Bd. 3, S. 533. Bd. 4, S. 127.

---

§ 562. Der Rechtsbesitz einer Grunddienstbarkeit geht verloren mit dem Besitze des Grundstücks, zu dessen Vortheile die Dienstbarkeit ausgeübt wurde, ingleichen wenn der Besitzer des Grundstücks den Willen aufgiebt, die Dienstbarkeit auszuüben, wenn ein Zustand hergestellt wird, welcher die Ausübung der Dienstbarkeit für die Dauer unmöglich macht, und bei Dienstbarkeiten, welche auf eine Unterlassung gehen, durch eine der Dienstbarkeit zuwiderlaufende Handlung.

Motive. Angehend die im § erwähnten Arten des Verlustes des Rechtsbesitzes, so kommen die auf dem corpus contrarium und dem animus contrarius beruhenden Gründe des Verlustes des Besitzes an Sachen zwar in ganz gleicher Weise auf den Rechtsbesitz zur Anwendung, was aber den Tod des Besitzers an-

langt, so hat derselbe als Grund des Verlustes des Rechtsbesitzes blos seine Bedeutung in der Auffassung des Verlustes des Besitzes des herrschenden Grundstückes.

Zum dritten Absatze des § mag bemerkt werden, daß der Rechtsbesitz einer Grunddienstbarkeit nicht verloren wird, wenn ein Zustand eintritt, welcher die Ausübung nur vorübergehend verhindert, oder dieselbe nur erschwert. In der Herstellung eines derartigen Zustandes liegt nur eine Besitzstörung. Annalen N. F. Bd. 3, S. 96.

IV. Confessorienklage bei Grunddienstbarkeiten.

§ 563. Die Klage auf Geltendmachung einer Dienstbarkeit, Confessorienklage, steht dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks zu.

Motive. Nach dem B. G.-B. steht die Confessorienklage lediglich dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks zu. Der Usufructuar hat diese Klage nicht, weil, wenn er auf Anerkennung seines gestörten Rechtes klagt, seine Intention gar nicht darauf gerichtet ist, für das Grundstück, an welchem ihm der Nießbrauch zusteht, ein Recht geltend zu machen und seine Klage nicht unter den Begriff der Confessorienklage fällt, sondern als vindicatio ususfructus erscheint. Ebenso wenig haben die Hypothekarier die Confessorienklage.

Da die Confessorienklage nur dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks und weder dem Usufructuar als solchem, noch dem Hypothekengläubiger als solchem, sondern nur vermöge seines Rechtes an dem Grundstücke (utiliter) zusteht, so kann dieselbe von dem Pachter des Grundstückes gar nicht angestellt werden. Für den Letzteren ist bei unbefugter Störung in der Ausübung einer dem erpachteten Grundstücke zustehenden Servitut nur ein Anspruch auf Schadenersatz gegen den Störer möglich.

---

§ 564. Befindet sich das herrschende Grundstück im Miteigenthume, so kann jeder Miteigenthümer wegen der Dienstbarkeit klagen. Steht das dienende Grundstück im Miteigenthume, so kann jeder Miteigenthümer wegen der Dienstbarkeit verklagt werden.

Motive. Die Bestimmungen des § folgen theils aus dem Principe der Untheilbarkeit der Grunddienstbarkeiten, theils und vorzüglich aus dem Satze: melior est conditio prohibentis, welcher für die Klage wegen der dem gemeinschaftlichen Grundstücke zustehenden Dienstbarkeit zu der Folge führt, daß derjenige Miteigenthümer als prohibens gilt, welcher die aus der Nichtanerkennung der Dienstbarkeit hervorgehende Veränderung des bisherigen Zustandes nicht dulden will. Uebrigens ist das zu § 154 des Entwurfs (§ 146 des B. G.-B.) Gesagte zu vergleichen.

Da eine Grunddienstbarkeit nicht in ideelle Theile zerlegt oder nach ideellen Theilen ausgeübt werden kann, so muß man auch den Folgesatz davon gelten lassen, daß jeder einzelne Miteigenthümer allein wegen der ganzen Dienstbarkeit klagen oder verklagt werden dürfe. Das Recht des einzelnen Miteigenthümers, zu klagen, steht mit dem Wesen des Miteigenthums nicht im Widerspruche. Denn erstlich fällt dasselbe mit unter den Begriff der Rechtsverfolgung, welche nach § 329 jedem Miteigenthümer freisteht, und zweitens kann dieser nach dem Grundsatze in re communi melior est conditio prohibentis von

seinen Miteigenthümern nicht daran verhindert werden, den bisherigen Zustand aufrecht zu erhalten. Dazu kommt, daß nach §§ 177. 332 diese Klaganstellung den übrigen Miteigenthümern keinen vermögensrechtlichen Nachtheil verursacht, weil die Rechtskraft der für und gegen den einzelnen Miteigenthümer ertheilten Entscheidungen für und gegen die übrigen nicht wirkt.

---

§ 565. Der Kläger hat das Eigenthum an dem herrschenden Grundstücke, die Dienstbarkeit und die Störung zu beweisen.

Motive. Das Bestehen der Dienstbarkeit, welches der Confessorienkläger zu beweisen hat, kommt auch in Frage, wenn der Beklagte die Dienstbarkeit zwar zugesteht, aber den behaupteten größeren Umfang in Abrede stellt.

---

§ 566. Wer in redlichem Glauben und mit einem zur Bestellung der Dienstbarkeit geeigneten Rechtsgrunde den Rechtsbesitz einer Dienstbarkeit erworben hat, kann, unbeschadet der Rechte des Eigenthümers des dienenden Grundstücks, die Confessorienklage erheben.

Motive. In diesem § wird von der actio Publiciana confessoria gehandelt, worunter die Klage Desjenigen zu verstehen ist, der durch quasi traditio ex justa causa sich im Verjährungsbesitze der Dienstbarkeit befindet, z. B. wenn ein bonae fidei possessor die Dienstbarkeit bestellt hat. Diese Klage geht gegen den Besteller der Dienstbarkeit und gegen Jeden, welcher die letztere stört, ausgenommen gegen den Eigenthümer des dienenden Grundstückes. Durch das Ingrossationssystem ist sie nicht ausgeschlossen, weil es sich bei derselben nur um die Wirkungen der Bestellung einer Dienstbarkeit dem Besteller und Demjenigen gegenüber handelt, welcher nicht meliore jure possidet.

Wenn mehrere redliche und rechtmäßige Besitzer einer Dienstbarkeit zusammentreffen, würden nach Befinden die Vorschriften des § 529 anzuwenden sein, so daß in Collisionsfällen der rechtmäßige Besitzer, dessen Servitut die ältere ist, die im § gedachte Klage gegen die späteren Erwerber hätte.

V. Erwerbung der Grunddienstbarkeiten.

§ 567. Grunddienstbarkeiten werden erworben durch vertragsmäßige oder letztwillige Bestellung.

Motive. Bevor auf die in diesen §§ behandelten Arten der Erwerbung der Dienstbarkeiten übergegangen wird, ist die Bemerkung vorauszuschicken, daß man die Immemorialverjährung unter diesen Erwerbungsarten nicht mit aufgeführt hat. Dieselbe konnte als Surrogat für die ordentliche Ersitzung in Fällen, wo eine solche wegen Fehlerhaftigkeit oder Unredlichkeit des Besitzes ausgeschlossen ist, um so weniger anerkannt werden, als sie schon bisher diese Function nicht gehabt hatte. Verhältnisse, in welchen sie früher vorkam, z. B. städtischer Bierzwang, Regalität der Jagd, existiren nicht mehr, und es hat die Immemorialverjährung schon jetzt aufgehört, ein privatrechtliches Institut zu sein. Und soviel

die sogenannte vetustas bei Wasserstreitigkeiten betrifft, so ist dieselbe in der Praxis nie als eine besondere Art Immemorialverjährung, sondern als eine gewöhnliche Servitutenverjährung behandelt worden; es lag daher auch von dieser Seite her, selbst abgesehen davon, daß eine umfassende Gesetzgebung über die fließenden Wässer beabsichtigt wird, keine Veranlassung vor, auf die Immemorialverjährung Rücksicht zu nehmen; soweit dieselbe im öffentlichen Rechte gilt, wird hierdurch selbstverständlich nichts geändert.

Von Erwähnung des Gesetzes, als unmittelbaren Entstehungsgrundes der Dienstbarkeiten, war hier ebenfalls abzusehen, weil die hierher gehörigen Beschränkungen des Eigenthumes, welche gewöhnlich mit dem Namen: „gesetzliche Servituten" belegt werden, bereits oben im Nachbarrechte, §§ 356 folg. des Entwurfs (§§ 345 folg. des B. G.-B.), behandelt worden sind.

Nach Ausschluß der sog. Immemorialverjährung und abgesehen von den sog. gesetzlichen Dienstbarkeiten (§§ 345 folg.) kann nach den Vorschriften des B. G.-B.[1] eine Grunddienstbarkeit überhaupt nur durch 1) Vertrag, 2) letztwillige Verfügung, 3) Ersitzung, 4) richterliche Entscheidung erworben werden. Das Nähere darüber enthalten die folgenden §§.

---

§ 568. Eine Grunddienstbarkeit kann nur von dem Eigenthümer des Grundstücks, welches dienstbar werden soll, und nur dem Eigenthümer des Grundstücks, welches herrschend werden soll, bestellt werden.

Motive. Angehend diesen §, so ist über die Frage, in wie weit der bonae fidei possessor eine Dienstbarkeit bestellen könne, der § 582 des Entwurfs (§ 566 des B. G.-B.) zu vergleichen.

Eine von dem Nichteigenthümer bestellte Dienstbarkeit entsteht (nach Analogie der von der Eigenthumsübertragung geltenden Grundsätze) in ihrer vollen Wirksamkeit, wenn der Eigenthümer die Bestellung genehmigt, oder wenn der Besteller das Eigenthum des dienenden Grundstücks später erwirbt. Dasselbe Princip liegt auch den hierher bezüglichen Vorschriften des § 570 zu Grunde. Hätte sich ein Nichteigenthümer, z. B. der noch nicht als Eigenthümer eingetragene Käufer eines Grundstücks nur verpflichtet, dem Eigenthümer eines anderen Grundstücks die Dienstbarkeit zu verschaffen, so würde diese Uebereinkunft dem Promissar eine exceptio doli gewähren, falls der Promittent das Eigenthum jenes Grundstücks erworben und die Negatorienklage gegen ihn angestellt hätte. Man vergl. Annalen N. F. Bd. 1, S. 499.

---

§ 569. Die Einwilligung Desjenigen, welchem der Nießbrauch an einem Grundstücke zusteht, ist zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit an demselben nicht erforderlich. Ist aber der Nießbrauch in das Grundbuch eingetragen, so darf eine Dienstbarkeit, welche ohne Einwilligung des Nießbrauchers bestellt wird, nicht zu dessen Nachtheile ausgeübt werden.

1. Neben diesen Vorschriften des B. G.-B. gelten, nach § 3 der Publicationsverordnung (vergl. S. 2 folg.), auch noch die in einzelnen Verwaltungsgesetzen über Bestellung von Dienstbarkeiten aus Rücksichten des öffentlichen Rechtes getroffenen Bestimmungen. Man vergl. z. B. das S. 4 erwähnte Gesetz vom 11. Juni 1868 §§ 2 folg. und das Berggesetz vom 16. Juni 1868 § 122, 3 und § 126.

Motive. Die Vorschrift dieses §, welche mit dem § 413 des Entwurfs (§ 402 des B. G.-B.) in Uebereinstimmung steht, enthält eine Aenderung des gemeinen Rechtes, nach welchem der Eigenthümer des Grundstückes nicht einmal mit Einwilligung des Usufructuars eine Dienstbarkeit bestellen konnte (man vergl. l. 15 § ult., l. 17 pr. D. de usufruct.). Da die Ausübung der Dienstbarkeit an einem dem ususfructus unterworfenen fundus blos soweit ausgeschlossen ist, als der ususfructus reicht, so können Dienstbarkeiten, welche in die Rechte des ususfructus nicht eingreifen, auch schon durante usufructu ausgeübt werden.

Aus der Fassung des § und den Motiven geht hervor, daß nicht die Bestellung, sondern nur die Ausübung der Servitut durch das Bestehen eines Nießbrauchs verhindert oder beschränkt werden kann.

Hierbei ist aber noch Folgendes zu bemerken:

Zunächst ist der zweite Absatz des § auf die Wirksamkeit eines als Dienstbarkeit bestehenden Nießbrauches zu beziehen, nicht auf den gesetzlichen Nießbrauch, welcher der Eintragung in das Grundbuch zur Wirksamkeit gegen Dritte nicht bedarf. Der § enthält in Ansehung der Dienstbarkeit des Nießbrauchs keine den Vorschriften des § 529 entgegenstehende Bestimmung. Der im § 529 aufgestellte Grundsatz, daß die ältere Dienstbarkeit vor der neueren den Vorzug hat, wenn beide nicht oder nicht unbeschränkt neben einander ausgeübt werden können, ist zwar, nach der Stellung dieses § im Systeme und bei seiner allgemeinen Fassung, auch auf eine Collision des Nießbrauchs mit anderen Dienstbarkeiten zu beziehen, allein es muß dabei immer vorausgesetzt werden, daß derselbe als ein gegen Dritte wirksames Recht bestehe. Bei den Grunddienstbarkeiten ist zu diesem Behufe eine Eintragung in das Grundbuch nicht erforderlich, auch nicht einmal statthaft. Dagegen ist die persönliche Dienstbarkeit des Nießbrauchs in ihrer Wirksamkeit gegen Dritte durch die Vorschriften in den §§ 402. 646 und im zweiten Absatze des § 569 unter das Ingrossationssystem gestellt, und es kann nach der ganz klaren Bestimmung in diesem Absatze des § 529 nicht zweifelhaft erscheinen, daß die Ausübung einer jüngeren Grunddienstbarkeit nur dann im Interesse des Nießbrauchs beschränkt werden müsse, wenn derselbe zur Zeit der Bestellung der fraglichen Grunddienstbarkeit im Grundbuche eingetragen war und, wie selbstverständlich ist, der Usufructuar die Bestellung der letzteren nicht genehmigt hat. Tritt eine Collision bei der gleichzeitigen Ausübung gar nicht ein, so kommen die, nur auf Collisionsfälle berechneten Vorschriften des § 529 überhaupt nicht zur Anwendung. Daß eine gleiche Bestimmung wie beim Nießbrauche, rücksichtlich der im § 637 gedachten persönlichen Dienstbarkeiten des Gebrauchs (an unbeweglichen Sachen) der Wohnung und Herberge nicht getroffen worden ist, erklärt sich dadurch, daß letztere mit der Ausübung einer Grunddienstbarkeit nicht leicht in Conflict gerathen werden. Uebrigens vergleiche man hierbei noch die Bemerkungen zu § 646 über das Verhältniß bei Collisionsfällen zwischen mehreren Dienstbarkeiten, welche nach diesem § eingetragen werden können, aber noch nicht eingetragen worden sind.

---

§ 570. Zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit an einem im Miteigenthume befindlichen Grundstücke ist die Einwilligung der sämmtlichen Miteigenthümer erforderlich. Hat ein einzelner Miteigenthümer an dem gemeinschaftlichen Grundstücke eine Grunddienstbarkeit ohne Einwilligung der übrigen Miteigenthümer bestellt, so muß er für seine Person die Dienstbarkeit anerkennen, und sie gilt als an dem ganzen Grundstücke bestellt, wenn er alleiniger Eigenthümer desselben wird.

Motive. Wie sich aus der Fassung des § ergiebt, ist zu Bestellung einer Dienstbarkeit an einem im Miteigenthume befindlichen Grundstücke Gleichzeitigkeit der Einwilligung sämmtlicher Miteigenthümer nicht erforderlich; vielmehr wird selbst dann, wenn ein Miteigenthümer vor Abgabe seiner Erklärung stirbt, dessen Erbe durch seine Einwilligung bewirken können, daß die von den übrigen Miteigenthümern eingeräumte Dienstbarkeit als bestellt gilt.

Soviel die von einem Miteigenthümer, ohne Concurrenz der übrigen Miteigenthümer, bestellte Dienstbarkeit betrifft, so kann deren Anerkennung von dem Miteigenthümer, welcher sie bestellt hat, nicht blos durch die persönliche Klage aus dem Vertrage, sondern auch durch die actio confessoria gefordert werden, wenn der Vertrag so geschlossen ist, daß daraus ein Dienstbarkeitsrecht nach § 590 des Entwurfs (§ 574 des B. G.-B.) entsteht. Daß eine Dienstbarkeit, welche ein einzelner Miteigenthümer bestellt, für das ganze Grundstück als bestellt gilt, wenn der Miteigenthümer später das alleinige Eigenthum an dem Grundstücke erwirbt, folgt aus dem Principe der Untheilbarkeit der Grunddienstbarkeiten.

Aus den Bestimmungen dieses §, welche zum Theil vom gemeinen Rechte abweichen, ist Folgendes hervorzuheben: Wegen der Untheilbarkeit der Grunddienstbarkeiten ist die Bestellung einer solchen an einem ideellen Theile des gemeinschaftlichen Grundstücks nicht möglich, vielmehr kann dieselbe nur an dem ganzen Grundstücke bestellt werden, und dazu ist nach § 330 die Zustimmung sämmtlicher Miteigenthümer nothwendig. Diese braucht jedoch, wie auch gemeinrechtlich ist, nicht gleichzeitig zu geschehen, sondern sie kann auch successiv erfolgen, so daß die Dienstbarkeit mit der Einwilligung des zuletzt zustimmenden Miteigenthümers entsteht, vergl. l. 18 D. comm. praed. und l. 11 D. de serv. praed. rust. Nach römischem Rechte mußte aber die nachträgliche Zustimmung noch bevor eine Veränderung in der Person der Miteigenthümer (durch Veräußerung oder Erbgang) eingetreten war, ertheilt worden sein, während sie nach dem B. G.-B. ohne diese Beschränkung, und insbesondere auch noch von den Erben mit gleichem Erfolge ertheilt werden kann. Uebrigens hatte, was den zweiten Satz des § betrifft, auch nach röm. Rechte (l. 11 D. de serv. praed. rust.) die von einem oder einigen der Miteigenthümer bewirkte Bestellung einer Grunddienstbarkeit die Wirkung, daß die Ausübung derselben von Denjenigen, welche sie bestellt hatten, nicht verboten werden durfte. Nach der allgemeinen Bedeutung des Wortes „bestellen“ (vergl. § 567) treten die Vorschriften des § auch in dem Falle ein, wenn ein Miteigenthümer die Dienstbarkeit durch letztwillige Verfügung bestellt hat.

---

§ 571. Miteigenthümer können zum Besten eines im alleinigen Eigenthume eines Miteigenthümers befindlichen Grundstücks eine Grunddienstbarkeit an ihrem gemeinschaftlichen Grundstücke bestellen.

Motive. Der § enthält eine Aenderung des gemeinen Rechtes, nach welchem der Miteigenthümer eine neue Dienstbarkeit an dem gemeinschaftlichen Grundstücke aus bei uns weggefallenen historischen Gründen nicht erwerben konnte.

Nach gemeinem Rechte ist die Bestellung einer Dienstbarkeit an dem gemeinschaftlichen Grundstücke für das im alleinigen Eigenthume des einen Miteigenthümers befindliche Grundstück ebenso unstatthaft, wie umgekehrt die Bestellung derselben an diesem für jenes.[1] Das B. G.-B., welches hierbei von dem gemeinen Rechte abweicht, hat zwar im § 571 nur den ersteren der obigen beiden Fälle erwähnt, es wird aber die analoge Anwendung

1. Vergl. l. 6. §§ 1—3 D. comm. praed. l. 32 D. de serv. praed. rust.

dieses § auch auf den zweiten principiell gleichen Fall unbedenklich sein. Die Bestimmung des § verstößt weder gegen das Princip der Untheilbarkeit der Grunddienstbarkeiten, noch gegen den Satz res propria nemini servit. Das erstere nicht, weil die Bestellung nicht an einem ideellen Theile, sondern an dem ganzen Grundstücke und für ein ganzes Grundstück erfolgt; das letztere nicht, weil die Dienstbarkeit nicht für die Zwecke des gemeinschaftlichen, sondern für die eines anderen Grundstücks ausgeübt werden soll und der Miteigenthümer als solcher nicht das Recht hat, das gemeinschaftliche Grundstück für seine besonderen Zwecke zu benutzen. Hat aber der Miteigenthümer an dem ihm allein gehörigen Grundstücke dem gemeinschaftlichen Grundstücke eine Dienstbarkeit bestellt, so macht er bei deren Ausübung auch kein Eigenthumsbefugniß, sondern ein für das gemeinschaftliche Grundstück bestehendes Recht geltend. Man vergl. auch die Motive zu §§ 520. 594. Eine Ersitzung der Grunddienstbarkeit kann freilich in den vorstehend bemerkten Fällen kaum vorkommen. Vergl. auch § 577.

---

§ 572. Ist für ein Grundstück, welches im Miteigenthume steht, einem einzelnen Miteigenthümer eine Grunddienstbarkeit bestellt worden, so gilt sie als sämmtlichen Miteigenthümern bestellt.

Der § enthält ebenfalls eine Abweichung vom gemeinen Rechte, nach welchem die nur dem einen Miteigenthümer eingeräumte Servitut erst durch die Zustimmung der übrigen Miteigenthümer (bei deren Besitz- und Lebzeiten) convalescirt[1].

---

§ 573. Wer widerrufliches Eigenthum an dem Grundstücke hat, kann eine Dienstbarkeit an demselben nicht bestellen.

Motive. Die Vorschrift in diesem § beruht auf den bereits zu § 410 des Entwurfs (§ 399 des B. G.-B.) angegebenen Gründen.

Nach den Motiven zu diesem § und dem § 399 kann Derjenige, welcher das Eigenthum an einem Grundstücke nur auf Zeit oder Widerruf hat, keine Dienstbarkeit bestellen. Die factische Ausübung einer solchen während der Dauer dieses Eigenthums und deren rechtliche Folgen in Bezug auf die Ersitzung sind dadurch nicht ausgeschlossen.

---

§ 574. Durch Vertrag entsteht die Dienstbarkeit ohne Weiteres, wenn die Absicht der Betheiligten auf die sofortige Entstehung derselben gerichtet ist. Erwerbung des Rechtsbesitzes ist zur Erwerbung des Rechtes nicht erforderlich.

Motive. Hier ist die bekannte Streitfrage: ob eine Dienstbarkeit schon durch den Vertrag, oder erst durch Quasitradition entstehe (vergl. v. Savigny, System Bd. 2, S. 289), dahin entschieden, daß, wenn der Vertrag auf die sofortige Entstehung der Dienstbarkeit gerichtet ist, die letztere auch ohne Quasitradition für bestellt anzusehen ist. Hiernach ist selbst dann, wenn die Dienstbarkeit zu ihrer Ausübung die Herstellung einer Vorrichtung erfordert, der Vertrag zur Entstehung der Dienstbarkeit genügend.

Das B. G.-B. hat sich (vergl. auch § 644) der für das gemeine Recht gegenwärtig herrschenden Doctrin angeschlossen, nach welcher die sog. Quasitradition bei einer durch

1. l. 19 D. de serv. praed. rust. l. 18 comm. praed.

Vertrag bestellten Dienstbarkeit zur Entstehung der letzteren nicht erforderlich ist, während man sich in der sächsischen Praxis bis auf die neuere Zeit der Ansicht zugeneigt hat, daß es bei der vertragsmäßigen Bestellung einer persönlichen Dienstbarkeit oder einer sog. affirmativen Grunddienstbarkeit dieser Quasitradition, außer dem Falle des Vorbehaltes einer solchen Dienstbarkeit bei der Veräußerung der dienenden Sache, zu dem gedachten Behufe bedürfe. Nach dem B. G.-B. ist es nun auch bei dem Wegfalle des Erfordernisses der Quasitradition einflußlos, ob der Vertrag bei der Veräußerung des künftig dienenden oder herrschenden Grundstücks, oder ob derselbe zu einer späteren Zeit und bei anderer Gelegenheit geschlossen worden ist. Nur muß der erklärte Wille der Contrahenten darauf gerichtet sein, daß die Dienstbarkeit sogleich und unmittelbar durch den Vertrag und mit diesem entstehen soll. Zugleich aber folgt aus der Vorschrift des §, daß ein Vertrag dieser Art als ein sog. pactum reale den nachfolgenden Eigenthümer bindet, wenn auch die Dienstbarkeit noch nicht ausgeübt worden ist. Man vergl. auch § 857 und Annalen N. F. Bd. 1, S. 505. Ein Vertrag ohne die ebenbezeichnete Willensrichtung würde nur eine Obligation begründen.

---

§ 575. Eine stillschweigende vertragsmäßige oder letztwillige Bestellung einer Dienstbarkeit findet namentlich statt, wenn Jemand zwei Grundstücke eigenthümlich besitzt, deren eines das andere durch eine Anlage oder Vorrichtung belästigt und das Eigenthum eines dieser Grundstücke auf einen Anderen, oder beider Grundstücke auf verschiedene Personen, ohne Beseitigung der Anlage oder Vorrichtung übergeht.

Motive. Durch das Wort „namentlich" wird angezeigt, daß blos die vorzüglichsten Fälle der sogenannten stillschweigenden Servitutenbestellung angegeben werden. Andere dahin gehörige Fälle haben dadurch nicht ausgeschlossen werden sollen. So würde unter anderen eine stillschweigende Servitutenbestellung, auch abgesehen von dem Falle eines Nothweges, anzunehmen sein, wenn der Zustand, welcher das eine Grundstück dem anderen gegenüber belästigt, sich nicht durch äußerlich in die Augen fallende Anlagen oder Vorrichtungen, sondern durch andere thatsächliche Erscheinungen kund gäbe und der Erwerber des factisch berechtigten Grundstückes in dessen wirthschaftlicher Benutzung völlig gehindert oder wesentlich beeinträchtigt sein würde, wenn er die Dienstbarkeit, auf welche die Erscheinung hinweist, auszuüben behindert wäre. Ueberhaupt enthält der § lediglich eine Interpretation des Willens der Interessenten aus concludenten Thatsachen.

---

§ 576. Durch richterliche Entscheidung entsteht eine Grunddienstbarkeit, wenn der Richter im Theilungsverfahren oder sonst die Dienstbarkeit für bestellt erklärt und die Entscheidung Rechtskraft erlangt hat.

Eine richterliche Entscheidung, welche den Entstehungsgrund einer Grunddienstbarkeit bildet, muß, auch außerhalb des Theilungsverfahrens, eine solche sein, wodurch eine, bis dahin noch nicht oder nicht mehr bestehende Dienstbarkeit für bestellt oder wiederhergestellt erklärt wird.

---

§ 577. Grunddienstbarkeiten werden durch Ausübung während eines Zeitraums von dreißig Jahren mittelst Ersitzung erworben.

Motive. Für die Berechnung der im § erwähnten Ersitzungszeit ist der § 89 des Entwurfs (§ 87 des B. G.-B.) maßgebend.

Die Ersitzung einer Grunddienstbarkeit an einem im Miteigenthume befindlichen Grundstücke für das einem Miteigenthümer allein zugehörige Grundstück könnte nach Analogie des § 571 nur in dem, kaum denkbaren Falle als zulässig betrachtet werden, wenn bewiesen würde, daß der betreffende Miteigenthümer die Besitzhandlungen nicht in der Meinung, als Miteigenthümer dazu befugt zu sein, sondern in der Absicht, das Miteigenthum der übrigen Miteigenthümer zu beschränken, ausgeübt habe. Vergl. Annalen N. F. Bd. 1, S. 422.

---

§ 578. Der Besitz der Dienstbarkeit muß während der Ersitzungszeit ohne Unterbrechung stattgefunden haben; doch gilt dabei Hinzurechnung des Besitzes der Vorgänger im Eigenthume des herrschenden Grundstücks.

Motive. Zu diesem § ist zu erwähnen, daß nur die in den folgenden §§ anerkannten Interruptionsgründe Einfluß auf die Ersitzung haben, namentlich aber in Fällen, wo, wie z. B. in Veräußerungs- und Erbschaftsfällen, der Adquirent von der Dienstbarkeit, welche dem auf ihn übergegangenen Grundstücke zusteht, einige Zeit ohne Kenntniß geblieben ist und daher die den Inhalt des Rechts bildende Handlung gar nicht oder wenigstens nicht animo possidendi ausgeübt hat, nicht eine Unterbrechung des Besitzes anzunehmen, sondern der angegebene Zwischenraum dem Adquirenten zu gute zu rechnen ist.

Der § stimmt mit dem gemeinen Rechte überein.

---

§ 579. Bei Grunddienstbarkeiten, welche zu ihrer Ausübung eine Anlage oder Vorrichtung erfordern, wird, wenn das Dasein einer solchen am Anfange und am Ende der Ersitzungszeit dargethan ist, ununterbrochener Besitz in der Zwischenzeit vermuthet.

In den §§ 579—582 sind gewisse, nach dem Gegenstande der Dienstbarkeit classificirte Regeln enthalten, welche die bis zum Beweise des Gegentheils zu vermuthende Continuität des Rechtsbesitzes betreffen. Die im § 579 enthaltene Bestimmung correspondirt demjenigen, was im § 262 über den Beweis des Besitzes bei der Ersitzung beweglicher Sachen vorgeschrieben ist, und man verweist daher auf die Bemerkungen zu diesem letzteren § und die Entscheidung in den Annalen N. F. Bd. 5, S. 115.

---

§ 580. Bei Grunddienstbarkeiten, welche dahin gehen, daß auf dem dienenden Grundstücke zum Vortheile des herrschenden Grundstücks Etwas unterlassen werde, ist die Ersitzung vollendet, wenn nach der den Besitz der Dienstbarkeit begründenden Handlung die Ersitzungszeit abgelaufen ist, ohne daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks der Dienstbarkeit zuwider gehandelt hat.

Motive. Nach dem Schlußsatze des § hat der Ersitzende blos das Verbot und die Beruhigung bei demselben, also nur den Anfang seines Quasibesitzes darzuthun, wogegen die Behauptung, daß der dadurch hergestellte Zustand unter-

brochen worden sei oder am Ende der Ersitzungszeit nicht mehr bestehe, den Gegenstand einer von dem Gegentheile zu beweisenden Einrede bildet.

---

§ 581. Bei Grunddienstbarkeiten, welche zu jeder Zeit oder in regelmäßig wiederkehrenden Zeiträumen ausgeübt werden, ist, wenn außer der Ausübung am Anfange und am Ende der Ersitzungszeit noch drei Ausübungen in der Zwischenzeit vorgekommen sind, welche über Jahresfrist von der ersten und letzten Ausübung entfernt und selbst über Jahresfrist auseinander liegen, ununterbrochener Besitz während der Ersitzungszeit zu vermuthen. Ist während eines Jahres, und dafern die Ausübung der Dienstbarkeit in länger als Jahresfrist regelmäßig wiederkehrt, während dieses längeren Zeitraums keine Ausübung erfolgt, so fällt die Vermuthung des ununterbrochenen Besitzes während der Ersitzungszeit weg und die Ersitzung ist für unterbrochen anzusehen.

Motive. In diesem § ist der jetzt angenommenen Dreiactstheorie eine Fünfactstheorie substituirt. Zwar konnte man sich nicht der Hoffnung hingeben, daß dadurch den Bedenken, welche sich gegen die Feststellung einer bestimmten Zahl von Acten erheben lassen, völlig abgeholfen werden würde. Aber so viel glaubte man dadurch zu erreichen, daß damit wenigstens Etwas gewonnen und, was die Hauptsache ist, der Beweis der Ersitzung der Dienstbarkeiten, im Verhältnisse zu unserer bisherigen zu milden Praxis, etwas erschwert werden würde.

Die am Schlusse des § erwähnte Unterbrechung tritt ein, wenn selbst die vorangegebenen Besitzhandlungen in Gewißheit beruhen; sie bewirkt, daß den vorhergegangenen Besitzhandlungen jeder Effect entzogen wird, und nur noch eine neue Ersitzung beginnen kann. Die Unterbrechung hat übrigens der Eigenthümer des fundus serviens zu beweisen, weil der Beweis der Besitzhandlungen eine Vermuthung für die Fortdauer des Besitzes begründet.

Die in diesem § erwähnten Grunddienstbarkeiten unterscheiden sich von den in §§ 579. 580 u. 582 gedachten dadurch, daß bei denselben weder von Anfang an ein Zustand vorhanden ist, dessen Unterbrechung von dem Eintritte factischer Ereignisse abhängt, noch auch die Gelegenheit zur Ausübung der Servitut durch den Eintritt solcher Ereignisse bedingt ist, daß sie vielmehr durch ein fortgesetztes Handeln ausgeübt werden müssen, zu dem sich, wie z. B. bei einer Wegedienstbarkeit, jeder Zeit, oder doch zu regelmäßig wiederkehrenden Zeitperioden Gelegenheit darbietet. Bei Grunddienstbarkeiten dieser Gattung ist die sog. Dreiactstheorie in der bisherigen Praxis meistens so verstanden worden, daß beim Beweise von drei, die Ersitzungsperiode umfassenden, Besitzhandlungen, nach Befinden auf einen Erfüllungseid darüber erkannt wurde, daß die behauptete Dienstbarkeit in jedem Jahre, in welchem die Gelegenheit dazu vorhanden gewesen, wenigstens einmal ausgeübt worden sei. Das B. G.-B. hat durch die Bestimmung im § 581 dieser milderen Praxis gegenüber den Ersitzungsbeweis bei der Grunddienstbarkeit etwas erschweren wollen. Es wird daher anzunehmen sein, daß der Beweis der fünf Acte ebenfalls nur zu einem Erfüllungseide über den eigentlichen Beweissatz, nämlich den ununterbrochenen Besitz während der ganzen Ersitzungszeit, führen könne. Hierdurch wird natürlich nicht ausgeschlossen, daß der Beweis auch für vollständig gelungen erachtet werden kann, wenn vollständig dargethan wird, daß die streitige Dienstbarkeit in jedem der betreffenden Jahre

mindestens einmal ausgeübt worden sei, und daß unter geeigneten Umständen und wenn sonst für die ununterbrochene Fortdauer des Besitzes während der ganzen Ersitzungsperiode ein hinreichender Grad von Wahrscheinlichkeit durch die Beweisführung hergestellt worden ist, auch bei weniger als fünf Besitzacten ein Suppletorium gerechtfertigt erscheinen kann. Das processualische Verhältniß würde sich daher so gestalten: Das Beweisthema besteht darin, daß der Besitz während der ganzen Ersitzungszeit ununterbrochen ausgeübt worden sei; bei diesem Beweise kommt dem Beweisführer die im § gedachte Vermuthung dergestalt zu Statten, daß, wenn die fünf Acte voll oder bis zu einem Erfüllungseide dargethan und eine Unterbrechung von dem Gegner nicht nachgewiesen worden ist, der Beweis der Ersitzung überhaupt bis zu einem, die ununterbrochene Fortdauer des Besitzes bestätigenden, Suppletorium für gelungen zu erachten ist. Die Behauptung, daß der Besitz in den Zwischenzeiten unterbrochen gewesen sei, ist Gegenstand einer Exception oder Replik, welche im indirecten Gegenbeweise auszuführen und rechtzeitig vorzuschützen ist, damit der beweispflichtige Gegner im Stande sei, Elisivartikel zu stellen. Eine auf Ersitzung gegründete Eidesklage würde sich demnach nicht auf die fünf Acte beschränken dürfen.

---

§ 582. Bei Grunddienstbarkeiten, welche nur bei nicht regelmäßig wiederkehrenden Gelegenheiten ausgeübt werden, ist die Ersitzung vollendet, wenn die Dienstbarkeit bei drei Gelegenheiten, zwischen deren erster und letzter wenigstens die Ersitzungszeit inne liegt, ausgeübt worden ist. Wird nachgewiesen, daß außer den drei Gelegenheiten noch weitere Gelegenheit in der Zwischenzeit vorhanden gewesen, so ist die Ersitzung für unterbrochen anzusehen, wenn nicht die Benutzung auch dieser Gelegenheit bewiesen werden kann.

Dieser § stimmt mit unserem bisherigen Rechte völlig überein.

---

§ 583. Der Besitz muß während der ganzen Ersitzungszeit in redlichem Glauben und fehlerfrei, nicht mit Gewalt, heimlich oder in Folge Gestattung auf beliebigen Widerruf ausgeübt worden sein. Redlicher Glaube und Fehlerlosigkeit werden vermuthet.

Motive. Die Worte: „in Folge Gestattung auf beliebigen Widerruf" drücken das sogenannte precarium aus, von welchem bereits oben im § 200 des Entwurfs (§ 190 des B. G.-B.) die Rede gewesen ist.

Man hat die bona fides zur Ersitzung der Dienstbarkeiten erfordert, weil, selbst abgesehen davon, daß man außerdem ein offenbares Unrecht durch Ablauf der Zeit zum Rechte werden ließe, die Dienstbarkeiten, welche an sich nicht zu begünstigen sind, im Verhältnisse zu dem Eigenthume eine Bevorzugung genießen würden, wenn man zwar zur Ersitzung des Eigenthumes, nicht aber zur Ersitzung der Dienstbarkeiten bona fides verlangt hätte.

Gegen das Requisit der Fehlerlosigkeit des Besitzes machte sich zwar das Bedenken geltend, daß nach §§ 271 folg. des Entwurfs (§§ 260 folg. des B. G.-B.) zu der dreißigjährigen Ersitzung des Eigenthumes an beweglichen Sachen lediglich bona fides, nicht zugleich Fehlerlosigkeit des Besitzes erforderlich ist. Indessen legte man diesem Bedenken aus dem Grunde kein entscheidendes Gewicht bei,

weil das Verhältniß der Dienstbarkeiten, als Rechte an unbeweglichen Sachen, rechtliche Seiten hat, auf welche die Grundsätze von der Ersitzung des Eigenthums an beweglichen Sachen nicht anwendbar sind.

Die im gegenwärtigen § angegebenen vitia possessionis haben die Bedeutung, daß, wenn neben den fünf oder bez. drei fehlerfreien Besitzhandlungen eine in die Ersitzungszeit fallende vitiose Besitzhandlung vorgekommen ist, durch diese letztere die Ersitzung vollständig vernichtet wird, dergestalt, daß dieselbe auch nicht von dem Zeitpunkte wieder beginnen kann, wo eine fehlerfreie Handlung ausgeübt worden ist. Ob hiervon eine Ausnahme dann zu machen sei, wenn es sich um die Ersitzung solcher Grunddienstbarkeiten handelt, zu deren Ausübung es besonderer Vorrichtungen nicht bedarf, ist nach den Verhältnissen des concreten Falles zu beurtheilen. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die vitia possessionis, welche aus dem vom Ersitzenden selbst geführten Beweise actenkundig werden, mit gleicher rechtlicher Wirkung zu beachten sind, wie die vom Gegentheile nachgewiesenen; der Vorschützung einer darauf gegründeten besonderen Einrede bedarf es nicht.

Im Anschlusse an die Motive ist noch Folgendes zu bemerken:

Wenn auch, wie am Schlusse derselben angegeben wird, die aus dem Beweise des Ersitzenden selbst sich ergebenden Besitzfehler vom erkennenden Richter zu berücksichtigen sind, so ist doch die Behauptung der Gegenpartei, daß der Besitz ein fehlerhafter gewesen, formell Gegenstand einer Exception bez. Replik, welche rechtzeitig vorzubringen und im indirecten Gegenbeweise darzuthun ist.

Uebrigens ist zu der Ersitzung, neben dem redlichen und fehlerfreien Besitze auch noch erforderlich, daß die Besitzhandlungen in der Meinung ein Recht zu haben, nicht in der Absicht ein Recht zu erwerben erfolgt seien. Dieser innere Zustand des Handelnden entzieht sich der directen Beweisführung; es ist daher nach den Verhältnissen des einzelnen Falles, mit Rücksicht auf die Beschaffenheit und den Zweck der nachgewiesenen Besitzhandlungen und die sonst actenkundig gewordenen Umstände, zu ermessen, ob der animus possidendi und die opinio juris vorhanden gewesen sei. Unter Verhältnissen, welche an sich diese Voraussetzung nicht begründen würden, sind die besonderen, dafür sprechenden Thatsachen nachzuweisen. Man vergl. Beispiele in den Annalen N. F. Bd. 1, S. 422. Bd. 2, S. 552.

---

§ 584. Als gewaltsam gelten Besitzhandlungen, welche unter Beseitigung der von dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks entgegengesetzten thätlichen Hindernisse vorgenommen worden sind.

Motive. Durch den § wird der wörtliche Widerspruch, als bloße murmuratio, für wirkungslos erklärt. Unter dem „entgegengesetzten thätlichen Hindernisse" ist nicht blos eine mit einer Dejection verbundene Handlung, welche eine Fortsetzung des Quasibesitzes unmöglich macht, zu verstehen, vielmehr gilt der Besitz überall da als gewaltsamer, wo der Eigenthümer des dienenden Grundstückes eine Handlung vorgenommen hat, welche der Ausübung der Dienstbarkeit ein factisches Hinderniß entgegengesetzt und der Ersitzende dieses Hinderniß weggeräumt hat, um die Dienstbarkeit auszuüben.

Bei der in den Motiven zu § 583 berührten Frage, ob die Ersitzung solcher Dienstbarkeiten, welche nicht in die § 579 gedachte Kategorie fallen, durch eine fehlerhafte Besitzhandlung so vollständig vernichtet werde, daß eine neue Ersitzung nicht beginnen kann, wird es bei gewaltsamen Besitzhandlungen vornehmlich darauf ankommen, auf wie lange

der vom Eigenthümer des dienenden Grundstücks der Ausübung der Dienstbarkeit entgegengesetzte Widerstand den Umständen nach als fortwirkend und den redlichen Glauben ausschließend gedacht werden kann.

Der Beginn einer neuen Ersitzung durch den Nachfolger im Eigenthume des herrschenden Grundstücks wird durch die Fehlerhaftigkeit des Besitzes, welchen der Vorgänger ausgeübt hat, bei dem subjectiven Charakter dieses Hindernisses nicht ausgeschlossen. Als gewaltsam wird der Besitz nach dem § nicht zu betrachten sein, wenn der Eigenthümer des dienenden Grundstücks eine Vorrichtung angebracht hat, welche die Ausübung des Besitzes nur mit einiger Unbequemlichkeit verbindet, dieselbe aber nicht in der Weise hindert, daß es der thatsächlichen Beseitigung jener Vorrichtung bedürfte (z. B. Anbringung eines unverschlossenen Schlagbaums)[1].

---

§ 585. Heimlich ist der Besitz, welcher in einer Art und Weise ausgeübt wird, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks keine Kenntniß davon erlangen soll.

Motive. Das charakteristische Merkmal der in diesem § erwähnten clandestinitas ist das absichtliche Verbergen der Besitzhandlung. Ohne eine solche absichtliche Handlung begründet der Umstand allein, daß der Eigenthümer des fundus serviens keine Kenntniß von der Ausübung erlangt hat, keine clandestinitas.

---

§ 586. Unterbrochen wird der Besitz durch ein auf Antrag des Eigenthümers des dienenden Grundstücks an den Eigenthümer des herrschenden Grundstücks erlassenes gerichtliches Verbot der Ausübung, durch eine in Gemäßheit des § 494 bei Gericht angezeigte Pfändung, durch Anstellung der Negatorienklage in Gemäßheit der Vorschriften über die Eigenthumsklage in § 274, endlich durch Anerkennung des Eigenthümers des herrschenden Grundstücks, daß die Dienstbarkeit ihm nicht zustehe.

Motive. Angehend diesen §, so ist zu erwähnen, daß auf die Insinuation des dort angegebenen „gerichtlichen Verbotes“ die Bestimmung im § 285 des Entwurfs (§ 274 des B. G.-B.) Anwendung findet. In wie weit eine bei Gericht nicht angezeigte Pfändung eine Interruption enthält, ist nach den Vorschriften im § 600 des Entwurfs (§ 584 des B. G.-B.) zu beurtheilen.

Die Insinuation des gerichtlichen Verbotes, die Benachrichtigung des Beklagten (oder seines Vertreters) von der angestellten Klage und die gerichtlich angezeigte Pfändung unterbrechen die Ersitzung dergestalt, daß dieselbe unter geeigneten Umständen von Neuem angefangen werden kann. Eine nicht angezeigte Pfändung unterbricht den Besitz nur dann, wenn sie mit einer gewaltsamen Besitzhandlung des Gepfändeten im Sinne des § 584 concurrirt. In diesem Falle tritt nämlich das Gewaltsame der Besitzhandlung selbst dergestalt in den Vordergrund, daß, gleichviel, ob die Pfändung angezeigt wurde oder nicht, die Bemerkungen zu § 584 über die Möglichkeit einer neuen Ersitzung zu berücksichtigen sind.

---

1. Vergl. Zeitschrift für Rechtspflege &c. N. F. Bd. 18, S. 519.

Das Anerkenntniß von Seiten des Eigenthümers des herrschenden Grundstücks, daß ihm eine Servitut nicht zustehe, wird, wenigstens in der Person desselben, die zur Ersitzung nöthige bona fides auch für die Folgezeit ausschließen.

---

§ 587. Eine Ersitzung der Dienstbarkeit kann nicht beginnen, und eine begonnene steht still, wenn und so lange der Eigenthümer des dienenden Grundstücks in einer Lage sich befindet, in welcher gegen ihn die Verjährung der Negatorienklage nicht läuft.

Zu diesem § ist auf die §§ 154 folg. zu verweisen.

---

§ 588. Die Dienstbarkeit wird durch Ersitzung in dem Umfange erworben, in welchem sie die Ersitzungszeit über gleichartig ausgeübt worden ist.

> **Motive.** Hier ist die Regel „quantum possessum tantum praescriptum" aufgestellt. Die Anwendung dieser Regel auf die concreten Fälle muß dem Richter überlassen werden. Zu den meisten Zweifeln geben die Fälle Anlaß, in welchen es sich darum handelt, ob eine gewisse Besitzhandlung blos so weit, als sie sich äußerlich zu erkennen giebt, oder vielmehr in ihrer Beziehung auf ein umfassenderes Recht als Ausübung dieses Rechts gelten könne. Doch lassen sich hierfür erschöpfende Grundsätze nicht aufstellen.

Zu bemerken ist hier, daß eine Ungleichheit der Besitzhandlungen, welche eben nur darin besteht, daß ein gleichartiges Recht nicht immer in demselben Umfange ausgeübt worden ist, eine Ersitzung der Dienstbarkeit in dem geringsten, erweislichen Umfange nicht schlechthin hindern würde. Ueberhaupt ist bei Anwendung der Regel quantum possessum etc. auf das Verhältniß der nachgewiesenen Besitzhandlungen zu dem in der natürlichen Lage und Beschaffenheit der beiderseitigen Grundstücke begründeten Zwecke der Ausübung für das herrschende Grundstück zu sehen. Eine Grunddienstbarkeit kann, namentlich bei Landgrundstücken, zur Erreichung gewisser, allgemeiner, wirthschaftlicher Zwecke in sehr verschiedenen einzelnen Handlungen zur Ausübung kommen, z. B. ein Fahrweg, je nach Bedürfniß, zu Fuhren und mit Geschirr mancherlei Art benutzt werden. Es ist nun, um eine Grunddienstbarkeit in einem gewissen, den Verhältnissen der Grundstücke entsprechenden Umfange zu erwerben, nicht unbedingt erforderlich, daß Besitzhandlungen für jede, innerhalb dieses Umfanges mögliche Art der Ausübung, z. B. beim Fahrwege, das Fahren mit jeder Art von Geschirren nachgewiesen werde, wenn nur die erwiesenen Besitzhandlungen so beschaffen sind, daß sich daraus der allgemeine Zweck der Ausübung erkennen läßt. Es darf aber die durch Ersitzung erworbene Dienstbarkeit nicht über die hierdurch gezogenen Grenzen hinaus, zur größeren Belästigung des dienenden Grundstückes ausgeübt werden, z. B. ein Fahrweg, der während der Ersitzungszeit für die landwirthschaftlichen Zwecke des Grundstückes benutzt worden ist, für ein auf diesem errichtetes Gewerbsetablissement. Man vergl. Annalen N. F. Bd. 2, S. 273. Bd. 3, S. 201.

---

§ 589. Ein Verbietungsrecht gegen die nicht schon nach der Natur der Dienstbarkeit ausgeschlossene gleichartige Mitbenutzung des dienenden Grundstücks durch dessen Eigenthümer ist mit der Dienstbarkeit verbunden, wenn der Ersitzende

dem Eigenthümer die Mitbenutzung untersagt und dieser sich dabei während der Ersitzungszeit beruhigt hat.

Bei der Ersitzung eines besonderen, nicht schon durch den Umfang der Dienstbarkeit begründeten Verbietungsrechtes kommt nur die Thatsache des Verbotes und der Beruhigung dabei in Betracht. Ein auf andere Weise, als durch stillschweigende Submission erfolgtes, thatsächliches Anerkenntniß dieses Verbietungsrechtes kann, neben der Ersitzung, als möglich zugegeben werden und die letztere überflüssig machen.

VI. Erlöschung der Grunddienstbarkeiten.

§ 590. Grunddienstbarkeiten erlöschen, wenn der Eigenthümer oder die sämmtlichen Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks auf dieselben verzichten und der Eigenthümer des dienenden Grundstücks den Verzicht annimmt.

Motive. Hier hat man die Annahme des Verzichts erfordert, weil das bloße Aufgeben der Dienstbarkeit kein äußerliches Merkmal der Erkennbarkeit der Dereliction enthält.

Zu bemerken ist, daß, wenn sich das herrschende Grundstück im Miteigenthume mehrerer Personen befindet und die Verzichtleistung deshalb von sämmtlichen Miteigenthümern erklärt werden muß, hinsichtlich der Gleichzeitigkeit der Erklärungen die Vorschriften des § 570 anzuwenden sind. Ist das dienende Grundstück im Miteigenthume Mehrerer, so wird nach Analogie des § 572 die Acceptation eines Miteigenthümers als genügend zu betrachten sein.

---

§ 591. Verzicht ist anzunehmen, wenn der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks Zugeständnisse macht, neben welchen die Ausübung der Dienstbarkeit nicht möglich ist.

In Consequenz dessen, was der § 590 über die Annahme des Verzichts bestimmt, muß auch bei den im § 591 vorausgesetzten Zugeständnissen die Annahme derselben als nothwendig zum Erlöschen der Dienstbarkeit bezeichnet werden. Uebrigens muß das Zugeständniß so beschaffen sein, daß infolge desselben die Ausübung der Dienstbarkeit im Ganzen unmöglich gemacht und nicht blos in einzelnen Gebrauchsfällen verhindert wird.

---

§ 592. Grunddienstbarkeiten erlöschen, wenn dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks die Freiheit von der Dienstbarkeit von dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks vermacht wird.

Motive. Der § schließt die Fälle aus, in welchen die Dienstbarkeit nicht durch die letztwillige Verfügung erlöscht, sondern blos ein obligatorisches Verhältniß begründet wird, welches die Erlöschung der Dienstbarkeit zum Zwecke hat.

Nach gemeinem Rechte ist die Frage, ob eine Dienstbarkeit durch Vermächtniß aufgehoben werde, nicht unbestritten. Das B. G.-B. erkennt das Vermächtniß in dem Falle, wenn es direct auf die Befreiung des dienenden Grundstücks von der Dienstbarkeit gerichtet

ist, als Erlöschungsgrund an, ohne dabei eine specielle Acceptationserklärung zu verlangen. Man vergl. §§ 2426. 2451.

---

§ 593. Eine auf Zeit oder unter einer auflösenden Bedingung bestellte Dienstbarkeit erlöscht mit Ablauf der Zeit oder Eintritt der auflösenden Bedingung.

Man verweist hierbei auf die Bemerkungen zu § 112.[1]

---

§ 594. Grunddienstbarkeiten erlöschen, wenn sich das alleinige Eigenthum an dem herrschenden und dienenden Grundstücke in einer Person vereinigt, leben aber wieder auf, wenn die Vereinigung des Eigenthums an beiden Grundstücken aus dem Grunde aufhört, weil solche entweder von Anfang an nur eine vorübergehende war, oder durch Anfechtung des ihr zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts aufgehoben wird.

Motive. Es ist bereits zu § 531 des Entwurfs (§ 520 des B. G.-B.) bemerkt worden, daß eine Dienstbarkeit dadurch nicht erlöscht, daß der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks ein Miteigenthum am dienenden Grundstücke erlangt und umgekehrt. Fälle des Wiederauflebens der durch Consolidation erloschenen Dienstbarkeit sind insbesondere, wenn ein Kauf in Folge der actio redhibitoria wieder aufgelöst wird, wenn der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks das dienende Grundstück durch Legat erhalten hat, später aber aus dem Grunde wieder herausgeben muß, weil das Testament, in welchem das Legat enthalten, angefochten worden ist, wenn das dienende Grundstück dem alleinigen Erben dient, jedoch einem Anderen legirt ist.

In dem Falle, wo mehrere Grundstücke für denselben Zweck einem anderen Grundstücke dienstbar sind, wo z. B. ein Fahrweg über mehrere Grundstücke geht, und in Bezug auf eines derselben das Eigenthum an dem dienenden und herrschenden Grundstücke sich in einer Person vereinigt, besteht eine Mehrzahl von Dienstbarkeiten, die Consolidation kann also hier nur das Erlöschen der einen, aber nicht das Erlöschen der übrigen Dienstbarkeiten zur Folge haben. Man vergl. auch noch § 2454.

---

§ 595. Geht das herrschende oder das dienende Grundstück unter, oder verliert das erstere oder letztere die Eigenschaft, welche nothwendige Voraussetzung der Dienstbarkeit ist, so erlöscht die letztere, lebt aber mit Wiederherstellung der Grundstücke oder ihrer Eigenschaft wieder auf.

Motive. In diesem § hat man der Expropriation nicht gedacht, weil dem öffentlichen Rechte überlassen bleiben muß, dahin Vorkehrungen zu treffen, daß die Dienstbarkeitsberechtigten Entschädigung erhalten.

---

1. Der die Zulässigkeit einer solchen Bestellung aussprechende § 532 des Entwurfs ist bei der Schlußredaction als unnöthig entfernt worden.

Die Vorschriften dieses § sind auf den Fall zu beziehen, wenn die Wiederherstellung des Grundstücks oder der für die Ausübung nöthigen Eigenschaft noch vor Ablauf des im folgenden § gedachten Zeitraumes eingetreten ist. Vergl. die Bemerkungen zu § 596.

---

§ 596. Grunddienstbarkeiten erlöschen, wenn sie während eines Zeitraums von dreißig Jahren weder von dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks, noch von anderen Personen für dasselbe, und zwar nicht einmal theilweise, ausgeübt worden sind.

Motive. Der § stimmt mit unserem bisherigen Rechte überein, mit der einzigen Ausnahme, daß man die Erlöschung der Dienstbarkeit, als Folge des non usus, auch in den Fällen angenommen hat, in welchen nach gemeinem Rechte blos von einem Schlafen der Verjährung die Rede ist, z. B. wenn das dienende Grundstück überschwemmt und erst nach Ablauf der Verjährungszeit wiederhergestellt wird. Bei dem theilweisen usus ist als Gesichtspunkt festzuhalten, daß von einer Conservation durch denselben blos dann die Rede sein kann, wenn er als Ausübung der ganzen Dienstbarkeit, nicht aber auch dann, wenn er als Ausübung einer Dienstbarkeit von geringerem Umfange erscheint.

Nach der Bestimmung des §, welcher seine dermalige Fassung, auf Antrag der ständischen Deputationen (vergl. Dep.-Ber. der II. Kammer, Beilagen ꝛc., Abth. 3. Bd. 3, S. 794 und Dep.-Ber. der I. Kammer, Beilagen ꝛc., Abth. 2, Bd. 3, S. 384) erhalten hat, sind die rechtlichen Folgen des non usus lediglich an die Thatsache des Nichtgebrauchs, ohne Rücksicht auf die Gründe desselben geknüpft.

Die Dienstbarkeit erlöscht also durch den Nichtgebrauch während des bestimmten Zeitraumes auch in den § 595 gedachten Fällen und es findet, wenn sich das Hinderniß der Ausübung erst nach Ablauf dieses Zeitraumes gehoben hat, Wiederaufleben oder eine Verpflichtung zur Wiederherstellung der Dienstbarkeit nicht statt[1].

---

§ 597. Bei Grunddienstbarkeiten, welche nur bei gewissen, nicht regelmäßig wiederkehrenden Gelegenheiten ausgeübt werden, ist zur Verjährung erforderlich, daß wenigstens dreimal Gelegenheit zur Ausübung vorhanden war, und von der ersten Gelegenheit an während eines Zeitraums von dreißig Jahren keine Ausübung vorgekommen ist. Es ist nicht erforderlich, daß der letzte der drei Fälle an das Ende der Verjährungszeit reicht.

Motive. Hier ist zu erwähnen, daß Derjenige, welcher die Erlöschung durch Verjährung behauptet, das Vorhandensein der Gelegenheiten und die unterbliebene Benutzung derselben zu beweisen hat.

---

1. Ueber das gemeine Recht vergl. l. 14 D. quemadm. serv. l. 34. § 1. l. 35 D. de serv. praed. rust. l. 23. § 2 D. ex quib. caus. major. In so weit die Vorschriften desselben auf der Idee einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beruhen, konnten sie in dem B. G.-B. keine Aufnahme finden, weil dieses die Restitution nicht kennt.

§ 598. Bei Grunddienstbarkeiten, in Folge deren auf dem dienenden Grundstücke Etwas unterlassen werden muß, ist zur Verjährung erforderlich, daß der Eigenthümer eine Handlung unternommen hat, durch welche der Rechtsbesitz aufgehoben worden ist, und der Berechtigte sich während eines Zeitraums von dreißig Jahren dabei beruhigt hat.

In der l. 2. l. 6 D. de serv. praed. urb. wird die usucapio libertatis bei den Dienstbarkeiten der praedia urbana als nothwendig zum Erlöschen derselben durch Nichtgebrauch bezeichnet. Die Begriffsbestimmung der praedia urbana ist dabei nicht zweifellos. Das B. G.-B. hat keinen Unterschied zwischen der Qualität der Grundstücke gemacht, sondern es kommt nach demselben blos darauf an, ob die Grunddienstbarkeit darin besteht, daß auf dem dienenden Grundstücke Etwas unterlassen werden muß. So wie bei diesen Dienstbarkeiten nach § 558 der Rechtsbesitz durch das Verbot des Zuwiderhandelns und die Beruhigung bei diesem Verbote entsteht, so wird umgekehrt bei denselben der Rechtsbesitz des Berechtigten dadurch wieder aufgehoben, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks eine der Dienstbarkeit zuwiderlaufende Handlung vornimmt. Wenn man übrigens, wie in der Doctrin ziemlich allgemein geschieht, die Vorschriften der angezogenen Gesetzstellen auf alle Grunddienstbarkeiten bezieht, welche ein Recht auf einen unveränderten Zustand des dienenden oder herrschenden Grundstücks geben, so weicht der § 598 im Principe nicht wesentlich vom gemeinen Rechte ab.

---

§ 599. Der Eigenthümer des dienenden Grundstücks hat zu beweisen, daß die Dienstbarkeit durch Nichtausübung während der Verjährungszeit erloschen sei.

Motive. Aus dem § folgt, daß ein Beweis der Conservativhandlungen nicht mehr verlangt werden kann.

Durch die Bestimmung des § ist die in der sächsischen Praxis, jedoch nicht ohne Widerspruch befolgte Ansicht[1], daß bei der im § 581 gedachten Klasse von Grunddienstbarkeiten der Berechtigte, wenn seit der Bestellung derselben die Verjährungsfrist abgelaufen ist, Conservativhandlungen zu beweisen habe, abgeworfen worden.

Dritter Abschnitt.

Persönliche Dienstbarkeiten.

I. Persönliche Dienstbarkeiten überhaupt.

§ 600. Persönliche Dienstbarkeiten bestehen zum Vortheile einer bestimmten Person und sind an dieselbe in der Weise geknüpft, daß sie, mit Ausnahme der im § 661 angegebenen Fälle, dem Rechte nach nicht auf Andere übertragen werden können. Die Ausübung derselben kann der Berechtigte Anderen überlassen, wenn die Dienstbarkeit nicht blos für seine Person bestimmt ist. Die Uebertragung dem Rechte nach an einen Anderen ist auch nicht als Ueberlassung der Ausübung aufrecht zu erhalten und hat ebensowenig die Erlöschung der Dienstbarkeit zur Folge.

1. Vergl. Zeitschrift rc. N. F. Bd. 3, S. 157; Bd. 7, S. 148; Bd. 19, S. 157.

Motive. Der Ausdruck: „bestimmten Person" in diesem § bezieht sich ebensowohl auf die juristische als auf die physische Person. Die mit den Worten: „wenn die Dienstbarkeit nicht zu seinem persönlichen Vortheile bestimmt ist" angegebene Ausnahme ist stricte zu interpretiren; sie tritt dann ein, wenn die persönliche Dienstbarkeit dem Berechtigten nach dessen Persönlichkeit, nicht aber dann, wenn sie demselben blos nach seinen Familienverhältnissen vortheilhaft ist.

In Beziehung auf die Frage, ob der Nießbrauch cedirt werden könne, hat man es bei dem bisherigen Rechte, wonach die Cession zwar der Ausübung nach, nicht aber dem Rechte nach, statthaft ist, gelassen. Wegen der verschiedenen persönlichen Beziehungen zwischen dem Usufructuar und Proprietar hielt man eine Cession des usufructus dem Rechte nach, welche wenigstens zum Theil einen Wechsel in der Person des Schuldners enthalten würde, um so weniger für zulässig, als dann auch eine weitere Cession nicht ausgeschlossen wäre und, wenn diese erfolgte, das Verhältniß durch den Eintritt noch mehrerer fremder Personen immer noch verwickelter werden müßte. Hierzu kam noch, daß durch die Cession des usufructus der Ausübung nach dem praktischen Bedürfnisse, welches sich in dieser Hinsicht etwa fühlbar machen möchte, ausreichend genügt zu werden schien.

Die Streitfrage, welche Wirkungen die (unstatthafte) Cession des usufructus dem Rechte nach habe (man vergl. § 3 J. de usufr. l. 66 D. jure dot.), hat man dahin beantwortet, daß dieselbe nichtig und als Cession der Ausübung nach nicht aufrecht zu halten, ebensowenig aber die Erlöschung der Dienstbarkeit zur Folge habe.

Eine Cession des usufructus an den Proprietar würde als Verzicht auf den usufructus aufzufassen sein.

Den Motiven ist die Bemerkung beizufügen, daß die in dem Entwurfe (§ 616) enthaltenen Worte: „nicht zu seinem persönlichen Vortheile" bei der Schlußredaction mit den Worten: „nicht blos für seine Person" vertauscht worden sind, weil auf diese Weise der Sinn der bezüglichen Stelle kürzer und bestimmter ausgedrückt wird. Die in den Motiven besprochene Ausnahme würde also nur in dem Falle eintreten, wenn die Dienstbarkeit, z. B. der Gebrauch einer Wohnung, dem Berechtigten ausschließlich für seine Person bestellt worden wäre[1].

---

§ 601. Gegenstand einer persönlichen Dienstbarkeit können die gesammten Nutzungen oder einzelne Arten der Nutzungen einer fremden Sache sein. Auch Befugnisse, welche den Inhalt von Grunddienstbarkeiten bilden, können, ohne mit dem Eigenthume eines Grundstücks verbunden zu sein, als persönliche Dienstbarkeiten bestehen, wenn sie einer Person an sich einen Vortheil zu bringen vermögen.

Motive. Wenn, wie nach dem § geschehen kann, die gesammten Nutzungen einer Sache dem Nießbraucher überlassen werden, so verbleibt dem Proprietar blos das Veräußerungs- und Vindicationsrecht, der Servitutenerwerb, ingleichen das Recht auf den Rückfall des usufructus nach dessen Beendigung.

Das B. G.-B. behandelt in den folgenden Abschnitten speciell den Nießbrauch, den Gebrauch, die Wohnung und Herberge, das Bau- und Kellerrecht. Unter eine der zuerst gedachten vier Species wird jede persönliche Dienstbarkeit zu subsumiren sein, deren

---

1. Ueber die am Schlusse der Motiven erwähnte Streitfrage des gemeinen Rechtes vergl. Glück, Commentar Bd. IX, S. 217.

Gegenstand die Nutzungen einer fremden Sache sind, da nach § 72 zu den Nutzungen einer Sache die Früchte und der Gebrauch derselben gehören. Es bleiben also nur noch die im zweiten Absatze gedachten persönlichen Dienstbarkeiten übrig, deren Object in Befugnissen besteht, welche den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden. Bei der Verschiedenartigkeit dieser Befugnisse war es weder nöthig, noch thunlich, die einzelnen Fälle derselben mit besonderen, technischen Namen zu belegen. Es unterscheiden sich aber diese persönlichen Dienstbarkeiten von den im zweiten Satze des § 535 gedachten irregulären Grunddienstbarkeiten dadurch, daß bei den ersteren lediglich und unmittelbar der Vortheil einer Person, bei den letzteren dagegen, wenn auch auf eine beschränkte Dauer, der Vortheil eines Grundstücks bezweckt wird. Eine persönliche Dienstbarkeit der ersteren Gattung würde z. B. in dem einer bestimmten Person, welche selbst kein Grundstück besitzt, eingeräumten Rechte der Benutzung eines Weges, eines Wasserbassins u. dgl. bestehen können. Ueber die Berechtigung des Proprietar, beim Nießbrauche Hypotheken, Reallasten und Grunddienstbarkeiten zu bestellen, vergl. die §§ 402. 518. 569. 612. 646.

---

§ 602. Der Rechtsbesitz an persönlichen Dienstbarkeiten, welche zu ihrer Ausübung die Inhabung der dienenden Sache voraussetzen, wird durch die mit dem Willen, die Dienstbarkeit auszuüben, erlangte Inhabung erworben und mit derselben verloren. Bei anderen Arten der persönlichen Dienstbarkeit kommen, soweit es die Natur der dienenden Sache zuläßt, die Vorschriften über die Erwerbung und den Verlust des Rechtsbesitzes an Grunddienstbarkeiten zur Anwendung.

Da persönliche Dienstbarkeiten durch Ersitzung nicht erworben werden können, so kommt bei denselben der Rechtsbesitz nur als possessio ad interdicta in Betracht.

---

§ 603. Wird die Confessorienklage bei einer persönlichen Dienstbarkeit, deren Ausübung die Inhabung der dienenden Sache voraussetzt, auf Herausgabe der Sache angestellt, so sind in so weit die Vorschriften über die Eigenthumsklage anzuwenden.

Der im § 619 des Entwurfs an die Spitze gestellte allgemeine Satz: „die Klage auf Geltendmachung einer persönlichen Dienstbarkeit steht der berechtigten Person zu" ist als überflüssig gestrichen worden. Das Nöthige über die Berechtigung und die Veranlassung zur Klaganstellung, die Person des Beklagten und die Beweislast bei der Confessorienklage ist bereits in §§ 532—534 enthalten und der besondere Zweck des § 603 besteht nur darin, zu bestimmen, daß, auch wenn die Herausgabe der dienenden Sache verlangt wird, der Berechtigte aus eigenem Rechte blos die Confessorienklage habe, die rei vindicatio aber von ihm nur aus dem Rechte des Eigenthümers, utiliter, angestellt werden könne.

II. Nießbrauch an nicht verbrauchbaren Sachen.

§ 604. Der Nießbrauch giebt das Recht, alle Nutzungen der dienenden Sache zu ziehen. Findet er an einem ideellen Theile der Sache statt, so hat er eine Gemeinschaft des Nießbrauchers und der rücksichtlich der übrigen Theile Berechtigten zur Folge.

Motive. In diesem § wird das Princip der Theilbarkeit des usufructus anerkannt.

Die Vorschrift des römischen Rechts, daß, wenn dem Einen der Nießbrauch, dem Anderen das Eigenthum non deducto usufructu legirt war, Beide beim usufructus concurrirten, ist § 2504 des Entwurfs (§ 2470 des B. G.-B.) geändert worden.

Soviel den Schlußsatz des gegenwärtigen § betrifft, so hat die Gemeinschaft zwischen den mehreren Nießbrauchern die Benutzung der Sache zum Gegenstande und es entspringt aus ihr das Recht der Communionsinteressenten, bei Streitigkeiten über die Modalität der Fruchtziehung auf Regulirung der letzteren und eventuell auf Aufhebung der Gemeinschaft in Beziehung auf die Früchte mittelst der actio communi dividundo anzutragen.

Der Nießbrauch ist theilbar, weil er in der Gewinnung der Früchte der Sache besteht und diese getheilt werden können; er ist theilbar sowohl im Object, welches er ergreift, als in dem Rechte. Er kann an einem Theile der Sache und an ideellen Theilen des Eigenthums bestehen, er kann einer oder auch mehreren Personen pro parte divisa oder indivisa zukommen und nach Theilen erworben oder verloren werden.

Hieraus folgt zugleich, daß eine Gemeinschaft, wie sie der § erwähnt, nicht blos zwischen dem Usufructuar und dem Eigenthümer, sondern auch zwischen mehreren Nießbrauchern, welche jeder nur an einem ideellen Theile der Sache den Nießbrauch haben, vorkommen kann. In Betreff der Regulirung und bez. der Theilung der Nutzungen werden die §§ 328—344, in so weit dieselben auf die hier gedachten Verhältnisse passen, anzuwenden sein.

---

§ 605. Der Nießbraucher ist berechtigt, von der Sache, deren Zubehörungen, auch den erst nach der Bestellung des Nießbrauches hinzugekommenen, und von dem Zuwachse Gebrauch zu machen, alle natürlichen und bürgerlichen Früchte zu ziehen und die mit der Sache verbundenen Rechte auszuüben. Er ist auf sein Bedürfniß nicht beschränkt und kann die Sache auch zur bloßen Annehmlichkeit benutzen. Er hat Anspruch auf die Inhabung der Sache.

Motive. Zu den Gegenständen, auf welche der usufructus sich nach dem § bezieht, gehören auch die Grunddienstbarkeiten, welche einem dem Nießbrauche unterworfenen Grundstücke zustehen (man vergl. § 551 des Entwurfs, § 536 des B. G.-B.). Soviel den erst später entstandenen Zuwachs angeht, so hat man dem Nießbraucher auch den Nießbrauch an der insula in flumine nata gegeben, mithin die insula in flumine nata der alluvio und dem alveus derelictus gleichgestellt, weil man den Unterschied, welchen das römische Recht in so fern macht, als es den usufructus zwar auf diesen, nicht aber auf jene erstreckt, nicht für gerechtfertigt angesehen hat.

Der sogenannten adminicula servitutum hat man beim usufructus nicht besonders gedacht, weil die Vorschrift des § 540 des Entwurfs (§ 526 des B. G.-B.) auch in dieser Hinsicht ausreicht.

Unter „den mit der Sache verbundenen Rechten“ sind die Berechtigungen der in § 506 des Entwurfs (§ 495 des B. G.-B.) in Verbindung mit § 62 des Entwurfs (§ 60 des B. G.-B.) angegebenen Art zu verstehen. Der Nießbraucher ist

natürlich auch zur Ausübung der mit dem in usufructu stehenden Grundstücke verbundenen Jagd- und Fischereigerechtigkeit berechtigt.

Die Regel, daß der Nießbraucher Anspruch auf die Inhabung der Sache hat, leidet eine Modification, wenn der Nießbrauch an einem verpachteten oder vermietheten Grundstücke bestellt wird, indem der Nießbraucher in diesem Falle während der Dauer der Pacht- oder Miethzeit nur Anspruch auf die Pacht- oder Miethzinsen hat.

Die am Schlusse der Motiven enthaltene Bemerkung steht im Einklange mit den Bestimmungen des § 1225, nach welchem Derjenige, welcher das Eigenthum oder den Nießbrauch an einem vermietheten oder verpachteten Grundstücke erworben hat, den Abpachter oder Abmiether nicht sogleich, sondern erst nach vorheriger Kündigung aus dem Grundstücke heraussetzen darf.

---

§ 606. Werden Gegenstände, welche in der dienenden Sache eingemauert, vergraben oder sonst verborgen sind, entdeckt, so erwirbt der Nießbraucher als solcher weder das Eigenthum noch den Nießbrauch daran.

In Ansehung dieses § ist auf die Bemerkungen zu § 236 zu verweisen. Findet der Nießbraucher den Schatz, so ist er lediglich als Finder zu beurtheilen.

---

§ 607. Wälder und Gehölze sind wirthschaftlich, und wenn sie sich zu einer forstmäßigen Bewirthschaftung eignen, forstmäßig zu benutzen. Bäume, welche der Zufall bricht, oder ein Dritter widerrechtlich niederschlägt, oder deren Fällen sich wegen Raupenfraßes oder eines anderen Naturereignisses nöthig macht, gehören dem Nießbraucher nur, soweit er sie bei wirthschaftlicher oder forstmäßiger Benutzung zu beziehen gehabt hätte, wogegen, was diese Nutzung übersteigt, zu verkaufen, der Capitalerlös zunächst zur wirthschaftlichen oder forstmäßigen Cultur des Waldes oder Gehölzes zu verwenden, der übrige Betrag zinsbar anzulegen und der Zinsengenuß dem Nießbraucher auf die Dauer seines Rechtes zu überlassen ist.

In diesem § werden die mancherlei Zweifel, welche nach gemeinem Rechte über den Nießbrauch an Waldungen und Holzpflanzungen bestehen, durch bestimmte, auf den allgemeinen Principien über die zweckentsprechende Ausübung des Nießbrauchs beruhende Regeln beseitigt. Das B. G.-B. unterscheidet dabei zwischen a) Waldungen und Gehölzen, welche zur Holzzucht und bez. zur Gewinnung von Hölzern bestimmt sind, der silva caedua im weiteren und engeren Sinne (§ 607), und b) Holz- und Baumpflanzungen, welche zu anderen Zwecken dienen (§ 608). Daß bei den ad a gedachten Waldungen und Gehölzen das nach den Grundsätzen einer forstmäßigen oder wirthschaftlichen Benutzung schlagbare Holz dem Nießbraucher zufällt, derselbe aber auch zu Nachpflanzungen verbunden ist, folgt schon daraus, daß ihm diese Benutzungsweise überhaupt zusteht; auch wird dabei kein Unterschied gemacht, ob der Wald oder das Gehölz der alleinige Gegenstand des Nießbrauchs ist, oder ob sich dergleichen nur auf einem Theile des dienenden Grundstücks befindet. Man vergl. dazu § 612. Selbstverständlich ist, daß der Usufructuar das bei einem, den forstwirthschaftlichen Grundsätzen entsprechenden, Holzschlage gewonnene Holz auch verkaufen und den Erlös für sich behalten kann.

---

§ 608. Bäume, welche in Parkanlagen, Gärten und Weinbergen, auf Feldern, Wiesen und dergleichen stehen, kann der Nießbraucher, wenn es die zweckmäßige Behandlung des Grundstücks zuläßt, fällen und sich aneignen, auch gehören ihm die abgestorbenen Bäume. Bricht solche Bäume der Zufall oder schlägt sie ein Dritter widerrechtlich nieder, oder macht Raupenfraß oder ein anderes Naturereigniß das Fällen nöthig, so kommt das Holz dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks zu.

Motive. Im gegenwärtigen § werden die Bäume in Baumschulen nicht besonders erwähnt, weil es sich von selbst versteht, daß der Nießbraucher diese zwar wegnehmen kann, aber, da er die Baumschule in Stand zu erhalten hat, durch neue ersetzen muß.

Die im ersten Absatze dieses § enthaltenen Vorschriften stimmen im Wesentlichen mit dem gemeinen Rechte überein, vergl. l. 10. 11. 12. l. 13. § 4. l. 18 D. de usufr.; nur ist in jenen das Befugniß zum Fällen der Bäume etwas weiter, als in diesem ausgedehnt. Insbesondere würde der Usufructuar die bei einer zweckmäßigen Bewirthschaftung des Grundstücks gefällten Bäume, da er sich dieselben aneignen kann, nicht blos für seinen Bedarf oder für das Grundstück verwenden, sondern auch verkaufen dürfen. Der Schlußsatz beruht auf der Erwägung, daß in den daselbst bezeichneten Fällen die umgebrochenen oder geschlagenen Bäume nicht als Früchte des Grundstücks zu betrachten sind, weil sie nicht zu den Erzeugnissen gehören, zu deren Hervorbringung die Sache den natürlichen Begriffen nach bestimmt ist. Anders verhält es sich (vergl. § 607), wenn derartige Ereignisse in einer zur Holzzucht und zum Holzschlage geeigneten und bestimmten Waldung eintreten, indem bei dieser die schlagbaren Hölzer zu den Früchten der Sache zu rechnen sind.

---

§ 609. Der Nießbraucher darf die bei Entstehung seines Nießbrauches vorhandenen Bergwerke, Stein-, Schiefer- und Kalkbrüche, Sand-, Kies-, Lehm-, Thon-, Mergel-, Torfgruben und ähnliche Werke fortbauen und die Ausbeute als Nutzung an sich behalten. Neue Werke dieser Art darf er nur anlegen, wenn das Grundstück dadurch nicht wesentlich geändert wird. Die Vortheile, welche dem Eigenthümer des Grundstücks von Berg- und Steinkohlenwerken dritter Personen nach den Gesetzen gebühren, erhält der Nießbraucher, die Werke mögen vor oder nach Entstehung des Nießbrauches angelegt worden sein.

Motive. Hier ist zu erwähnen, daß, wenn der Proprietar in den dazu geeigneten Fällen selbst auf seinem dem Nießbrauche unterworfenen Grundstücke Berg- oder Steinkohlenwerke u. s. w. anlegt, der Nießbraucher auf die davon gezogenen Nutzungen keinen Anspruch hat. Denn es wird blos des Falles gedacht, wo ein Dritter die Berg- oder Steinkohlenwerke u. s. w. anlegt.

Die im Schlußsatze des § erwähnten gesetzlichen Vortheile bestanden beim Steinkohlenbau nach den Mandaten vom 10. Septbr. 1822 und 2. April 1830 § 7 in einem Kohlenzehnten, welchen der Dritte, dem obrigkeitliche Concession zum Abbau ertheilt worden war, dem Grundeigenthümer zu entrichten hatte. Der § ist hierbei auch in solchen Fällen angewendet worden, wo das Abbaurecht nicht durch Concessionsertheilung, sondern

durch Vertrag mit dem Grundeigenthümer erworben und die Verpflichtung zur Abentrichtung der gesetzlichen Abgabe durch diesen Vertrag besonders noch bestimmt worden war, vergl. Annalen N. F. Bd. 3, S. 39. Durch das revidirte Berggesetz vom 16. Juni 1868 sind die betreffenden Bestimmungen der obigen Mandate aufgehoben, es ist auch in demselben eine gesetzliche Gegenleistung (im Sinne des § 609) für den Regal- oder Kohlenbergbau auf fremdem Grunde und Boden nicht festgesetzt worden. Es werden also für die Zukunft dergleichen gesetzliche Vortheile für den Berg- und Kohlenbau nicht vorkommen, denn die Entschädigung, welche dem Grundeigenthümer bei Expropriationen und Bestellung von Dienstbarkeiten[1] für Bergbauzwecke und für Bergschäden gewährt werden muß, kann nicht zu diesen Vortheilen gerechnet werden. Ein auf Vertrag beruhendes Recht auf gewisse Gegenleistungen des Dritten würde von dem Nießbrauche nur in dem Falle ergriffen werden können, wenn es als ein mit dem Grundstücke verbundenes Recht (§ 605) zu betrachten wäre.

---

§ 610. Der Nießbraucher ist verbunden, die dienende Sache, so weit es bei Ausübung seines Rechtes möglich ist, ungeschmälert und in gutem Zustande zu erhalten und bei ihrer Benutzung als ordentlicher, aufmerksamer Hausvater zu verfahren.

Dieser § enthält den allgemeinen, die Ausübung des Nießbrauchs betreffenden Grundsatz; in den folgenden §§ sind nach Anleitung dieses allgemeinen Principes die hauptsächlichen Rechte und Pflichten des Nießbrauchers näher bezeichnet.

---

§ 611. Der Nießbraucher darf wesentliche Aenderungen mit der Sache nicht vornehmen, wenn sie nicht durch den Zweck ordnungsmäßiger, der Bestimmung der Sache entsprechender Benutzung gerechtfertigt werden. Er darf weder Gebäude in ein Landgrundstück, noch umgekehrt, verwandeln. Soweit es zur ordnungsmäßigen Benutzung des dienenden Grundstücks erforderlich ist, kann er, wenn der Eigenthümer dieß nicht thun will, neue Gebäude errichten, auch abgebrannte oder untergegangene Gebäude wieder aufbauen. Besteht der Nießbrauch blos an einem Gebäude, so darf der Nießbraucher dasselbe weder vollenden, wenn es bei Entstehung des Nießbrauches unvollendet ist, noch wieder aufbauen, wenn es während der Dauer des Nießbrauches abbrennt, oder sonst untergeht.

Motive. Wenn das Gebäude in dem am Schlusse dieses § näher bezeichneten Falle während der Dauer des Nießbrauches abbrennt oder untergeht, so erlöscht der Nießbrauch selbst dann, wenn er nicht blos am Gebäude selbst, sondern zugleich an der area, jedoch mit der Beschränkung auf das gerade stehende Gebäude, bestellt war. War er im Grundbuche eingetragen, so ist er zu löschen.

Zu vergleichen sind hierbei der § 653 und die Bemerkungen dazu.

---

1. Vergl. das im Texte angeführte Berggesetz §§ 122 folg. §§ 139 folg.

§ 612. Der Nießbraucher ist verpflichtet, die Sache zu bewahren, bei deren Benutzung auch für geringe Fahrlässigkeit einzustehen und auf seine Kosten Alles zu leisten, was zu deren Erhaltung erforderlich ist. Er hat bei Gebäuden die gewöhnlichen Ausbesserungen zeitig vorzunehmen, bei Thieren die Fütterung und gebräuchliche Pflege zu bestreiten, bei landwirthschaftlichen Grundstücken die Zubehörungen in gehörigem Stande und vollständig zu erhalten, bei Waldungen, Gehölzen, Baumanlagen und Weinbergen durch wirthschaftliches Nachpflanzen den Bestand zu erhalten, bei Heerden die abgegangenen Stücke aus den Jungen zu ergänzen. Er trägt alle Lasten der Sache und haftet für die laufenden Zinsen der zur Zeit der Entstehung seines Nießbrauches in das Hypothekenbuch eingetragenen Forderungen. Er hat dafür Sorge zu tragen, daß die Sache von einem Dritten nicht ersessen wird, an derselben keine Dienstbarkeiten durch Ersitzung entstehen und die derselben zukommenden Rechte nicht verjähren. Maßen sich Dritte Rechte an der Sache an, so hat er dem Eigenthümer zeitig Anzeige davon zu machen.

Motive. a) Mit den Worten: „die Sache zu bewahren" hat ausgedrückt werden sollen, es habe der Nießbraucher custodiam zu präſtiren.

b) Versäumt der Nießbraucher, zu Erhaltung des Gegenstandes seines Nießbrauches „das Erforderliche" zu thun, so hat er, wenn das Ganze untergeht, dasselbe auf eigene Kosten wieder herzustellen.

c) Wegen des durch Baufälligkeit eines dem Nießbrauche unterworfenen Gebäudes verursachten Schadens haftet, abgesehen von dem Falle einer etwaigen culpa des Nießbrauchers, der Proprietar in Gemäßheit des § 362 des Entwurfs (§ 351 des B. G.-B.). Ein Gleiches gilt bei der pauperies, wenn der Nießbrauch an einem Thiere besteht.

d) Zu den Zubehörungen eines „landwirthschaftlichen Grundstückes" ist nach § 72 des Entwurfs (§ 70 des B. G.-B.) auch das Inventar zu rechnen.

e) In Beziehung auf die Verbindlichkeit des Nießbrauchers, die Heerde durch Junge zu ergänzen", ist es gleich, ob die Heerde an und für sich allein Gegenstand des Nießbrauches ist, oder zu einem dem Nießbrauche unterworfenen Grundstücke gehört. Die Thierjungen, welche nicht zur Ergänzung der Heerde erforderlich sind, gehören dem Nießbraucher.

f) Der Nießbraucher hat die Lasten der Sache zu tragen und Zinsen von den hypothekarischen Capitalien zu bezahlen, selbst wenn dieselben die Nutzungen übersteigen. Zu den Lasten gehören auch die Reallasten.

Nach diesem § ist der Nießbraucher eines Grundstücks zwar verpflichtet, die Zinsen von den zur Zeit der Entstehung des Nießbrauchs in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragenen Forderungen zu bezahlen; eine gleiche Verpflichtung aber in Bezug auf die Zinsen der während des Nießbrauchs eingetragenen Forderungen wird ihm überhaupt nicht, also auch für den Fall nicht auferlegt, wenn diese Eintragung mit seiner Einwilligung erfolgt ist. Das Verhältniß in Bezug auf die während des Nießbrauchs eingetragenen Forderungen gestaltet sich also, mit Berücksichtigung des § 402 so: Der Usufructuar ist als solcher zur Bezahlung der Zinsen von den während des Nießbrauchs eingetragenen Forderungen überhaupt gar nicht verbunden; ist der Nießbrauch nicht als Dispositionsbeschränkung eingetragen gewesen, oder hat der Usufructuar die Eintragung der

Forderung genehmigt, so ergreift die Hypothek die Früchte des verpfändeten Grundstücks nach Maßgabe der Vorschriften in §§ 414. 415; war dagegen der Nießbrauch als Dispositionsbeschränkung eingetragen und die Hypothek ohne Zustimmung des Usufructuar bestellt worden, so ergreift sie die Früchte nicht mit, so lange der Nießbrauch besteht (§ 402). Zu berücksichtigen ist hierbei noch, daß der § 612 rücksichtlich der Verpflichtung zur Bezahlung von Hypothekenzinsen, Steuern, Abgaben und Reallasten nur das Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Usufructuar regelt. Der Nießbrauch begründet also in diesen Beziehungen kein Obligationsverhältniß zwischen dem Usufructuar und den Gläubigern dieser Forderungen, sondern lediglich zwischen ihm und dem Eigenthümer. Hieraus folgt in Betreff der Zinsen eingetragener Forderungen, welche der Usufructuar nach § 612 zu entrichten hat, daß dem Hypothekengläubiger keine persönliche Klage gegen den Usufructuar, sondern nur die persönliche, bez. die Pfandklage gegen den Schuldner oder den Eigenthümer zusteht. Andererseits kann jedoch der Usufructuar die Anstellung dieser Klagen, namentlich der Pfandklage gegen den Eigenthümer, nicht verhindern, vielmehr eintretenden Falls lediglich die Vorschrift im Schlußsatze des § 402 gegen den Hypothekengläubiger für sich geltend machen.

---

§ 613. Dem Eigenthümer der Sache steht schon während der Dauer des Nießbrauches eine Klage wider den Nießbraucher auf Erfüllung der dem letzteren obliegenden Verbindlichkeiten und auf Schadenersatz zu.

Die hier gedachte Klage kann, während der Dauer des Nießbrauchs, praktisch werden, wenn der Nießbraucher die ihm obliegende Bezahlung von Zinsen, Grundsteuern u. s. w. unterläßt.

---

§ 614. Nach Erlöschung des Nießbrauches hat der Nießbraucher die Sache nebst Zubehörungen, Zuwachs und Früchten, soweit ihm die letzteren nicht nach § 76 gehören, an den Eigenthümer herauszugeben, und wegen verschuldeten Untergangs oder verschuldeter Verschlechterung der Sache und ordnungswidriger Ziehung der Früchte Ersatz zu leisten.

Motive. Die Worte: „wegen ordnungswidriger Ziehung der Früchte Ersatz zu leisten" hat man beigefügt, um anzudeuten, daß der Nießbraucher nicht berechtigt sei, die zur Zeit der Beendigung des Nießbrauches noch nicht reifen Früchte an sich zu nehmen. Uebrigens findet hier die Vorschrift des § 78 des Entwurfs (§ 76 des B. G.-B.) Anwendung.

---

§ 615. Bei gefallenen Thieren gewährt der Nießbraucher, wenn er nicht wegen Verschuldung zum Ersatze des Werthes gehalten ist, oder die Bestimmungen wegen Ergänzung einer Heerde im § 612 eintreten, blos den Nutzen, welcher von dem gefallenen Stücke zu ziehen ist.

Motive. Zu den Nutzungen, welche von dem gefallenen Stücke zu ziehen und herauszugeben sind, gehört namentlich die Haut des Thieres.

---

§ 616. Hat der Nießbraucher, ohne vermöge des Nießbrauches dazu verpflichtet zu sein, auf die Sache Etwas verwendet, so genießt er nach Erlöschung des Nießbrauches alle Rechte, welche dem redlichen Besitzer bei der Eigenthumsklage in Betreff der auf die Sache gemachten Verwendungen zukommen.

Motive. Die zur Erklärung dieses § dienenden Vorschriften sind die der §§ 323—329 des Entwurfs (§§ 312—318 des B. G.-B.) in Verbindung mit § 78 des Entwurfs (§ 76 des B. G.-B.).

---

§ 617. Der Nießbraucher hat wegen aller ihm obliegenden Verbindlichkeiten dem Eigenthümer der dienenden Sache Sicherheit zu leisten; es kann jedoch diese Sicherheitsleistung in jedem Falle und namentlich auch bei dem durch letzten Willen bestellten Nießbrauche erlassen werden.

Motive. In diesem und den folgenden §§ hat man es in Beziehung auf die Verbindlichkeit des Nießbrauchers, Caution zu leisten, im Wesentlichen bei unserem bisherigen Rechte gelassen. Wenn es schon an sich bedenklich fallen muß, an einem Institute, welches, wie die hier in Frage stehende Cautionspflicht, seit Jahrhunderten bestanden hat, ohne daß neben den großen Vortheilen desselben sich erhebliche Mißstände gezeigt haben, Veränderungen vorzunehmen, so ist es auch eine Aufgabe der Gesetzgebung, Rechtsverhältnisse, welche, wie der Nießbrauch, darin bestehen, daß der eine Interessent seine Sache, ohne sich des Eigenthumes daran zu entäußern, dem anderen Interessenten anvertrauen muß, so zu reguliren, daß auch in Bezug auf die Sicherstellung der gegenseitigen Befugnisse der Interessenten die möglichste Parität hergestellt wird. Von dieser Ansicht ausgehend, wird man nicht verkennen, daß der Eigenthümer, welchem das gesammte Nutzungsrecht seiner Sache vielleicht auf eine lange Reihe von Jahren hinaus und zwar unter Umständen entzogen wird, welche ihm eine ausreichende Aufsichtsführung und somit auch die Füglichkeit, ein Verdacht erregendes Verfahren zu bemerken und darauf Anträge zu gründen, erschweren oder ganz unmöglich machen, gerechten Anspruch auf Schutz seiner Rechte hat.

Der obige § beschränkt die Cautionspflicht blos auf den Nießbraucher; Derjenige, welchem der Nießbrauch der Ausübung nach überlassen wird, hat keine Caution zu bestellen.

Berechtigt, Caution zu fordern, ist nur der Eigenthümer, also weder Derjenige, welcher finito usufructu ein rechtliches Interesse hat, noch Derjenige, an welchen der Nießbrauch finito usufructu gelangt.

Nach gemeinem Rechte ist es streitig, ob bei dem testamentarischen ususfructus die Cautionspflicht vom Testator erlassen werden kann. Diese Streitfrage hat man dahin entschieden, daß auch der Testator, welcher einen Nießbrauch vermacht, die Cautionspflicht erlassen kann.

Ist die Cautionspflicht erlassen, so kann Caution nur gefordert werden, wenn auf eine bereits vorliegende, die Rechte des Eigenthümers bedrohende Handlung des Nießbrauchers Bezug genommen werden kann.

Von der in diesem § als Regel aufgestellten Cautionspflicht macht das B. G.-B. nur in den § 619 erwähnten beiden Fällen eine Ausnahme. Denn in den §§ 626. 627

gedachten Fällen liegt der Grund, weshalb eine Cautionsleistung nicht gefordert werden kann, darin, daß der Nießbraucher keine dem Proprietar möglicherweise nachtheilige Disposition über das Object des Nießbrauchs treffen kann. Hervorzuheben ist, daß die Caution in allen Fällen, wo an sich der Nießbraucher zu deren Leistung verpflichtet ist, auch erlassen werden kann[1].

---

§ 618. Ein Erlaß der Sicherheitsleistung schließt das Recht nicht aus, Sicherheit zu fordern, wenn der Nießbraucher mit der Sache nicht pfleglich umgeht, oder die Rückgabe nach erloschenem Nießbrauche durch seine Verschuldung gefährdet ist.

Motive. Wird die Sache dem Nießbraucher ohne das Verlangen der Cautionsleistung, oder ohne Vorbehalt derselben überlassen, so folgt daraus an sich noch nicht ein Verzicht auf das Recht, Caution zu fordern.

Wie die Motive bemerken, liegt in der Uebergabe der Sache ohne das Verlangen oder den Vorbehalt der Cautionsleistung kein thatsächlicher Verzicht auf das Recht, die Caution zu fordern. Der Proprietar kann daher dieses Recht, auch nach Uebergabe der Sache, durch die im § 620 gedachte Klage geltend machen. Aber auch im Falle eines wirklich erklärten Erlasses darf noch Caution gefordert werden, wenn der Nießbraucher mit der Sache unpfleglich umgeht, oder, nach erloschenem Nießbrauche, die Rückgabe der Sache durch seine Verschuldung gefährdet erscheint. Der Erlaß verliert unter diesen Voraussetzungen seine Wirksamkeit, weil der Nießbraucher das in ihn gesetzte Vertrauen täuscht.

---

§ 619. Einer Sicherheitsleistung bedarf es nicht, wenn der Nießbraucher oder dessen Erben das Eigenthum an der dienenden Sache nach Erlöschung des Nießbrauches erwerben, oder der Schenker sich den Nießbrauch an der geschenkten Sache vorbehalten hat.

Motive. Die Cautionspflicht fällt bei der Schenkung lediglich dann weg, wenn der Schenker sich selbst den Nießbrauch an der geschenkten Sache vorbehält. In anderen Fällen des Vorbehaltes des Nießbrauches cessirt die Cautionspflicht nicht.

Von diesen beiden Ausnahmefällen ist der erstere gemeinrechtlich (l. 9. § 2 D. usufr. quemadmod. etc.), während der letztere, wenigstens in der Praxis, angenommen zu werden pflegte.

---

§ 620. Der Eigenthümer kann auf Sicherheitsleistung klagen und so lange diese nicht erfolgt ist, die dienende Sache zurückhalten.

Das B. G.-B. gewährt dem Eigenthümer nicht das Recht, die bereits übergebene Sache wegen Nichtleistung der Caution, mittelst der rei vindicatio einstweilen zurückzufordern[2], sondern lediglich die Klage auf Sicherstellung, und wenn die Uebergabe noch

---

1. Gemeinrechtlich ist dieß beim testamentarischen Nießbrauche auf Grund der l. 7 C. ut. in poss. leg. bestritten worden.

2. In Betreff des röm. Rechtes vergl. l. 7 D. usufr. quemadm. cav.

nicht geschehen, ein Zurückhaltungsrecht an der Sache. Dieses Retentionsrecht hebt aber den Anspruch des Usufructuars auf den Fruchtgenuß während des Zeitraumes von Beginn des Nießbrauchsrechtes an bis zur Cautionsbestellung nicht auf, sondern es hat, wenn letztere erfolgt ist, der Eigenthümer die Sache nebst den in der Zwischenzeit gezogenen Früchten herauszugeben, bez. dem Usufructuar zu erstatten. Denn selbst wenn die Cautionsleistung gar nicht erlangt werden kann, ist der Eigenthümer nicht befugt, dem Usufructuar die Nutzungen vorzuenthalten, sondern nur auf Sequestration anzutragen (vergl. § 622).

---

§ 621. Die Sicherheit ist ihrem Betrage nach mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der dienenden Sache, auf die Person des Berechtigten und auf die für den Eigenthümer bestehende Gefahr zu bestimmen und nach §§ 136 bis 138 zu leisten.

Man vergl. hierzu die Bemerkungen zu §§ 136—138 des B. G.-B.

---

§ 622. Kann die Sicherheit von dem Nießbraucher nicht geleistet werden, so ist auf Antrag des Eigenthümers die dienende Sache durch richterliche Anordnung sicher zu stellen.

Motive. In dem hier erwähnten Falle kann der Eigenthümer natürlich nur mit Bewilligung des Nießbrauchers zum Sequester bestellt werden. Uebrigens ist der Nießbraucher auch im Falle der Sequestration berechtigt, die Früchte in Natur zu verlangen, er braucht sich die Gewährung einer Rente nicht gefallen zu lassen.

III. Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen und an Forderungen.

§ 623. Bei einem Nießbrauche an Sachen, deren Nutzung darin besteht, daß sie verzehrt, verbraucht oder veräußert werden, insbesondere auch an einem Waarenlager, wird der Nießbraucher Eigenthümer der Sachen, er darf sie verbrauchen und veräußern, trägt die Gefahr derselben und gewährt, sofern er sie nicht um eine bestimmte Summe angenommen hat, bei Erlöschung des Nießbrauches nach seiner Wahl Sachen derselben Gattung und Güte oder den Werth, welchen sie zur Zeit der Entstehung des Nießbrauches gehabt haben.

Motive. Den Fall eines verus ususfructus an verbrauchbaren Sachen hat man unerwähnt gelassen, weil er ein völlig abnormer ist und fast nie vorkommt. Käme er ja einmal vor, so würden die Vorschriften über den usus analog anzuwenden sein.

Durch die Worte: „deren Nutzung darin besteht ꝛc." hat man andeuten wollen, daß sich der § auf solche Sachen beziehe, welche, abgesehen von einer willkürlichen Bestimmung der Betheiligten, ihrer natürlichen Beschaffenheit und allgemeinen Bestimmung zufolge verzehrt, verbraucht oder veräußert zu werden pflegen.

---

§ 624. An Gegenständen der Bekleidung findet der Nießbrauch nach den Vorschriften über den Nießbrauch an nicht verbrauchbaren Sachen statt, wenn nicht etwas Anderes bestimmt ist.

Motive. Unter den hier angegebenen Gegenständen der Bekleidung ist auch Leibwäsche mit begriffen. Durch die Bestimmung, daß der Nießbrauch an Gegenständen der Bekleidung in dubio als verus usufructus zu betrachten sei, glaubte man die muthmaßliche Intention der Interessenten besser zu treffen, als wenn man, wie dieß das gemeine Recht thut, die Vermuthung für den quasi usufructus aufgestellt hätte.

Der § entscheidet die gemeinrechtliche Controverse, ob an Bekleidungsstücken ein verus, oder nur ein quasi usufructus stattfinde, und für welche Gattung des Nießbrauchs im Zweifel die Vermuthung streite.

---

§ 625. Ist eine Forderung Gegenstand des Nießbrauches, so hat der Nießbraucher das Recht, die Forderung, gleich als ob sie ihm abgetreten wäre, zu kündigen und einzuklagen und wenn er den Gegenstand derselben erhält, solchen in der nach dessen Zweck und Beschaffenheit zulässigen Weise zu benutzen. Er ist bei Geltendmachung der Forderung für geringe Fahrlässigkeit verantwortlich und haftet, wenn er die den Gegenstand der Forderung bildende Sache erhält, nach den über den Nießbrauch an einer solchen geltenden Vorschriften.

Der § bezieht sich nicht blos auf Forderungen, deren Gegenstand in einer Geldsumme besteht, sondern auf Forderungen, welche andere verbrauchbare oder nicht verbrauchbare Gegenstände betreffen. Die Bestellung des Nießbrauchs gewährt dem Nießbraucher das Recht, die Forderung zum Behufe der Ausübung seines Nießbrauchs an dem Gegenstande der ersteren geltend zu machen und er hat seine usufructuarischen Befugnisse an dem letzteren je nach der Beschaffenheit desselben in Gemäßheit der über den Nießbrauch an verbrauchbaren oder nicht verbrauchbaren Gegenständen geltenden Grundsätze auszuüben. Da der Nießbraucher einer Forderung diese, gleich als ob sie ihm abgetreten wäre, kündigen und einklagen, und wenn er den Gegenstand derselben erhält, solchen in der nach dessen Zweck und Beschaffenheit zulässigen Weise benutzen kann, so steht demselben nicht blos das Recht der Kündigung und Klaganstellung, sondern auch das Recht, die gekündigte oder eingeklagte Forderung zu erheben[1] und darüber mit liberatorischer Wirkung zu quittiren, zu. Uebrigens unterscheidet sich der im § 625 gedachte Nießbrauch an Forderungen von dem im § 627 behandelten Nießbrauche an den Zinsen einer Forderung u. A. auch dadurch sehr wesentlich, daß bei dem ersteren der Usufructuar berechtigt ist, eine zinsbare Geldforderung zu kündigen und einzuziehen, wenn er das Capital derselben besser nutzen zu können glaubt.

---

§ 626. Ist der Nießbraucher selbst Schuldner der Forderung, an welcher ihm der Nießbrauch zusteht, so kann vor Erlöschung des Nießbrauches die Forderung weder gekündigt noch eingeklagt werden.

---

1. Beim ehemännlichen und väterlichen Nießbrauche gelten nach § 1677. § 1818 einige besondere Bestimmungen.

Motive. Es ist nicht besonders erwähnt, daß der Nießbraucher in diesem Falle auch keine Zinsen zu bezahlen hat, weil sich dieß ohnedem von selbst versteht.

---

§ 627. Beschränkt sich der Nießbrauch an einer Forderung auf den Zinsengenuß, so ist der Nießbraucher weder zur Kündigung noch zur Einklagung, noch, wenn von dem Schuldner gekündigt wird, zur Erhebung des Hauptstammes berechtigt. Durch Rückzahlung des letzteren erlöscht der Nießbrauch, wenn nicht der Zinsengenuß an dem Betrage der Forderung fortbestehen soll.

Motive. Der Schlußsatz dieses § gilt auch in dem Falle, wenn ein bestimmtes Capital zum Nießbrauche ausgesetzt, aber verloren gegangen ist. Ob, wenn Jemandem aufgegeben worden ist, die Zinsen von einer bestimmten Summe einem Dritten zu geben, die Auswerfung und Anlegung eines dieser Summe gleichkommenden Capitales gefordert werden könne, ist lediglich eine quaestio facti. In dem Falle des gegenwärtigen § findet natürlich keine Cautionsleistung statt.

Die Bestimmung dieses § bezieht sich zunächst auf den Fall, wo die Zinsen eines bestimmten Capitalaußenstandes den Gegenstand des Nießbrauchs bilden. Dem Gläubiger steht dabei vor Beendigung des Nießbrauchs das Recht willkürlicher Kündigung zum Nachtheile des Nießbrauchers nicht zu. Ist bei der Bestellung des Nießbrauchs die Absicht gewesen, daß im Falle der Rückzahlung der Zinsengenuß am Betrage der Forderung fortbestehen soll, so kann, nach Rückzahlung des Capitals, der Nießbraucher die anderweite zinsbare Ausleihung eines gleichen Betrages fordern. Dieß würde z. B. der Fall sein, wenn ein Testator seinem Erben aufgegeben hätte, einem Dritten die Zinsen eines außenstehenden Capitales zu überlassen, mit der Bestimmung, daß der Dritte diese Zinsen zunächst und bis auf Weiteres von einer speciell bezeichneten Forderung des Testators genießen solle. Die Cautionsleistung fällt in dem § 627 und ebenso in dem § 626 gedachten Falle weg, weil in diesen beiden Fällen der Nießbraucher keine Verpflichtungen, hinsichtlich deren es einer Sicherstellung des Inhabers der Forderung bedürfte, zu erfüllen hat.

---

§ 628. Der Nießbrauch an Werthpapieren berechtigt nicht zu deren Verkaufe. Nach Erlöschung des Nießbrauches ist dasselbe Werthpapier zurückzugeben; wird solches während der Dauer des Nießbrauches ausgelooſt, so hat der Nießbraucher den Auslooſungsbetrag zu gewähren.

Motive. Als in diesem § angegebene Werthpapiere sind die im § 510 des Entwurfs (§ 499 des B. G.-B.) bezeichneten Papiere zu betrachten.

Den Motiven ist nur die Bemerkung beizufügen, daß der Nießbraucher den Erlös des ausgelooſten Papieres zu erheben und nach § 623 als verbrauchbare Sache zu benutzen hat. In Bezug auf den gesetzlichen Nießbrauch des Vaters vergl. man hierzu § 1818, dessen Bestimmungen jedoch mehr unter den Gesichtspunkt des väterlichen Verwaltungsrechtes, als des väterlichen Nießbrauchs, fallen.

---

§ 629. Auch bei dem Nießbrauche an verbrauchbaren Sachen und an Forderungen gilt die Pflicht zur Sicherheitsleistung.

Die Cautionspflicht des Nießbrauchers bei dem Nießbrauche an vertretbaren Sachen tritt, wie schon bemerkt, in den §§ 626 und 627 gedachten Fällen des Nießbrauchs an Forderungen aus dem bereits oben angegebenen Grunde nicht ein; im Uebrigen sind auf die Sicherheitsleistung bei dieser Gattung des Nießbrauchs die Bestimmungen der §§ 617—622, in so weit dieß der Natur der Sache nach geschehen kann, anzuwenden.

IV. Nießbrauch an einer Leibrente, an einem Auszuge und einem Kuxe.

§ 630. Findet ein Nießbrauch an einer Leibrente oder an einem Auszuge statt, so gebühren dem Nießbraucher die während seines Nießbrauches fällig werdenden Leistungen. Ebenso fallen von einem dem Nießbrauche unterliegenden Kuxe die Ausbeute und der wiedererstattete Verlag dem Nießbraucher zu, er hat jedoch die Zubuße zu entrichten.

Motive. Durch diesen § sind Const. 25, P. III. vom Jahre 1572 und Nr. 13 der Bekanntmachung, einige Rechtssätze in Beziehung auf den Auszug betreffend, vom 2. Octbr. 1839, abgeändert worden. Unter Leibrenten sind auch andere ähnliche wiederkehrende Leistungen, z. B. Pensionen, zu verstehen.

Ueber das ältere sächsische Recht, besonders in Bezug auf den Nießbrauch an Bergtheilen, vergl. Haubold, sächs. Privatrecht, § 70 not. c. § 200 not. b. Wegen der für die Zukunft über die Gewerkschaften und die Antheile der Gewerken am Berggebäude (Kuxe) geltenden bergrechtlichen Grundsätze sind die Bestimmungen des revid. Berggesetzes vom 16. Juni 1868, Abschnitt II. § 7 folg. und über den Begriff der Nutzungen eines Bergbaurechtes § 50 deff. Gesetzes nachzulesen.

V. Nießbrauch an einem ganzen Vermögen.

§ 631. An einem ganzen künftigen Vermögen oder einem ideellen Theile desselben kann nur durch letzten Willen, an einem ganzen gegenwärtigen Vermögen oder einem ideellen Theile desselben auch auf andere Weise ein Nießbrauch bestellt werden. Ist ein Vertrag über die Bestellung eines Nießbrauches an einem ganzen gegenwärtigen und künftigen Vermögen oder einem ideellen Theile desselben geschlossen worden, so gilt derselbe auch nicht rücksichtlich des gegenwärtigen Vermögens.

Motive. Gegen diesen § ließe sich das Bedenken aufstellen, daß der ususfructus omnium bonorum nach gemeinem Rechte auch durch Vertrag bestellt werden könne, dieß auch ungefährlich sei, indem in der Bestellung eines ususfructus omnium bonorum immer nur ein Verzicht auf die Nutzungen, nicht aber auf das gesammte Vermögen liege, die Stipulation einer Gegenleistung nicht ausgeschlossen sei, auch das Vermögen selbst nach Beendigung des Nießbrauchs an den Besteller zurückfalle. Hiergegen ist aber darauf aufmerksam zu machen, daß der ususfructus omnium bonorum für die bürgerliche Existenz Desjenigen, welcher denselben durch Vertrag einräumt, von dem größten Einflusse ist und hierin für die Gesetzgebung die dringendste Aufforderung liegt, dem Leichtsinne, der Unbedachtsamkeit und

unter Umständen auch der geistigen Beschränktheit entgegen zu wirken. Die nothwendige Fürsorge gegen dergleichen Benachtheiligungen hätte nun zwar vielleicht auch darin bestehen können, daß man den Vertrag, welcher die Bestellung eines ususfructus omnium bonorum zum Gegenstande hat, an eine gewisse feierliche Form gebunden hätte, wie dieß nach Befinden schon ohnedem der Fall wäre, wenn das Rechtsgeschäft animo donandi geschlossen würde. Allein, da sich Alles, was mit dem ususfructus omnium bonorum bezweckt werden kann, auch auf anderen Wegen erreichen läßt, so liegt ein praktisches Bedürfniß für die Zulassung der vertragsmäßigen Bestellung eines solchen ususfructus nicht vor.

Der letzte Satz des § enthält eine Ausnahme von der im § 103 aufgestellten Regel. Außer den in §§ 632. 634. 635 und im ersten Satze des § 633 ertheilten bedurfte es keiner speciellen Vorschriften über Ausübung des Nießbrauchs an einem gesammten Vermögen und die Rechte und Obliegenheiten der Betheiligten, weil sich dieselben nach den Grundsätzen richten, welche nach Beschaffenheit der zu dem gesammten Vermögen gehörigen einzelnen Gegenstände für den Nießbrauch an diesen bestehen.

---

§ 632. Sowohl der Eigenthümer als auch der Nießbraucher hat bei einem Nießbrauche an einem ganzen Vermögen das Recht, die Aufnahme eines durch Namensunterschrift vollzogenen Vermögensverzeichnisses zu verlangen.

Motive. Zu diesem § ist zu erwähnen, daß erstens das dort angegebene Vermögensverzeichniß, da es im beiderseitigen Interesse aufgenommen wird, auf gemeinschaftliche Kosten des Eigenthümers und des Nießbrauchers anzufertigen ist, und zweitens die Aufnahme blos bei dem Nießbrauche an einem ganzen Vermögen, also nicht bei dem an einer universitas rerum distantium oder universitas facti verlangt werden kann.

---

§ 633. Gegenstand des Nießbrauches an einem ganzen Vermögen ist das Vermögen nach Abzug der darauf lastenden Schulden. Die Rechte des Nießbrauchers an den einzelnen, zu dem ganzen Vermögen gehörigen Gegenständen, bestimmen sich nach den über den Nießbrauch an denselben bestehenden Vorschriften.

Motive. Der § enthält den Satz: bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno. Wird auf Bezahlung von Schulden geklagt, so besteht die Verbindlichkeit des Nießbrauchers lediglich darin, deren Bezahlung aus dem ihm zum Nießbrauche überlassenen Vermögen geschehen zu lassen.

Durch die Bestellung des Nießbrauchs an einem ganzen Vermögen wird keine persönliche Verpflichtung des Usufructuar, die auf diesem Vermögen haftenden Schulden zu bezahlen, und, den Gläubigern gegenüber, auch keine persönliche Verpflichtung, für diese Zahlung aus den Nutzungen des Vermögens Sorge zu tragen, begründet; es tritt daher, im Verhältnisse des Gläubigers zum Usufructar kein Verzug in der Person des letzteren ein, wenn die Zahlung nicht zu gehöriger Zeit erfolgt ist. Der Usufructuar ist aber verpflichtet, die Zahlung aus den Nutzungen des dem Nießbrauche unterliegenden Vermögens geschehen zu lassen. Diese Verpflichtung hat er dem Proprietar und den Gläubigern gegenüber und darauf kann er auch von diesen verklagt werden. Nach den über das Ver-

hältniß zwischen Proprietar und Nießbraucher geltenden allgemeinen Vorschriften (§ 612) ist er aber dem ersteren gegenüber verpflichtet, nicht blos die Zinsen richtig abzutragen, sondern auch für die Mittel zur Abstoßung der Capitalien nach den Principien einer ordentlichen Vermögensverwaltung zu sorgen.

Die Vorschriften der §§ 632 ff. sind übrigens analog auf den Fall anzuwenden, wenn der Nießbrauch an dem ideellen Theile eines ganzen Vermögens besteht. Es tritt dabei die Vorschrift im zweiten Satze des § 604 in Wirksamkeit.

---

§ 634. Der Nießbraucher an einem ganzen Vermögen hat, wenn eingemauerte, vergrabene oder sonst verborgene Sachen entdeckt werden, den Nießbrauch auch an diesen, soweit sie dem Eigenthümer zufallen.

Diese Bestimmung, welche nur bei dem Nießbrauche an einem ganzen Vermögen eintritt, findet, der Vorschrift im § 606 gegenüber, ihre Rechtfertigung darin, daß der Schatz (thesaurus) zwar nicht als Zuwachs und Bestandtheil der Sache, in welcher derselbe gefunden worden ist, wohl aber — soweit er dem Eigenthümer zufällt — als ein Bestandtheil des Vermögens, zu welchem diese Sache gehört, zu betrachten ist.

---

§ 635. Gehört zu dem ganzen Vermögen, an welchem ein Nießbrauch besteht, ein Nießbrauch, so hat der Nießbraucher auf die Nutzungen des Gegenstandes des letzteren ebenso Anspruch, als wenn ihm der Nießbrauch zustände.

Es ist bereits in den Motiven zu § 520 bemerkt worden, daß von der Regel servitus servitutis esse non potest bei dem gesetzlichen Nießbrauche und dem ususfructus omnium bonorum eine Ausnahme gemacht worden ist, weil bei diesen die Dienstbarkeit, welche einen Bestandtheil des gesammten Vermögens bildet, nur in ihrer Eigenschaft als Theil dieses Gesammtvermögens auftritt.

---

§ 636. Der Nießbraucher eines ganzen Vermögens ist zur Sicherheitsleistung verpflichtet.

Auch für diesen Fall der Sicherheitsleistung sind die speciellen Vorschriften in §§ 617—622 zu beobachten.

VI. Gebrauch einer Sache, Wohnung, Herberge.

§ 637. Das Recht des Gebrauches einer Sache ist auf das eigene Bedürfniß des Berechtigten beschränkt. Ist die Sache eine fruchtbringende, so umfaßt der Gebrauch auch die Befugniß, natürliche Früchte zu ziehen, soweit der Berechtigte sie zu seinem Hausbedarfe verwendet.

Motive. Der Ausdruck: „Hausbedarf" in § 653 u. § 658 des Entwurfs (§§ 637 u. 642 des B. G.-B.) umfaßt den Bedarf des Usuars und der Familie desselben.

Die in diesem Abschnitte gedachten Dienstbarkeiten sind untheilbar, weil sie nicht in einer Fruchtziehung, sondern in Handlungen des Gebrauchs bestehen, welche zwar auf räumlich bestimmte Theile einer Sache beschränkt sein, aber als Handlungen nicht nach ideellen Theilen oder an ideellen Theilen einer Sache ausgeübt werden können. Sie werden daher weder nach Theilen erworben, noch nach Theilen verloren[1].

Der § 637 enthält eine bestimmte Charakterisirung dessen, worin der Gebrauch einer Sache im Gegensatze zur Fruchtbenutzung besteht, giebt also dem Ausdruck „Gebrauch" eine bestimmte technische Bedeutung, welche festzuhalten ist, wenn dieser Ausdruck bei der Bestellung der Dienstbarkeit ohne nähere Bestimmung angewendet worden ist und sich auch sonst eine andere und weiter gehende Intention des Bestellers nicht erkennen läßt.

---

§ 638. Vermöge des Rechtes der Wohnung in einem Hause kann der Berechtigte alle zur Wohnung und Haushaltung bestimmten Theile des Hauses, soweit er solcher bedarf, benutzen.

Motive. Das Recht zur Wohnung (habitatio) beschränkt sich nach dem § auf die bedarfsmäßige Benutzung der zur Wohnung und Haushaltung bestimmten Räume; der Gebrauch an einem Hause aber würde auch die Benutzung anderer Räumlichkeiten, in so weit dieselbe sich innerhalb der Grenzen des eigenen Bedürfnisses hält, zulassen.

---

§ 639. Bei dem Rechte des Gebrauches an einem Hause und bei der Wohnung in einem Hause ist das Bedürfniß des Berechtigten mit Rücksicht auf seine Familie, gleichviel ob deren Glieder bei Entstehung des Rechtes vorhanden gewesen, oder später hinzugekommen sind, jedoch soviel die eigenen und zugebrachten Kinder betrifft, nur bis sie sich durch Verheirathung oder Gründung einer besonderen Haushaltung von ihm getrennt haben, ingleichen mit Rücksicht auf seine Dienstleute und auf Gastfreunde zu bestimmen.

Motive. Das Recht der Aufnahme von „Gastfreunden", welches dem Usuar zusteht, darf sowohl hinsichtlich der Zahl als der Zeit das Maß des Gebräuchlichen nicht überschreiten.

Bei dem Gebrauche an einem Hause steht das Recht, Vieh in demselben zu halten, dem Usuar innerhalb der Grenzen des wirthschaftlichen Bedürfnisses zu, wenn das Haus bei der Bestellung der Dienstbarkeit dazu eingerichtet war.

---

§ 640. Bei dem Rechte des Gebrauches einer Sache und der Wohnung ist der Berechtigte verpflichtet, die gewöhnlichen Ausbesserungen auf seine Kosten zu besorgen, er braucht aber wegen der ihm obliegenden Verbindlichkeiten keine Sicherheit zu leisten. Hat er, ohne dazu verpflichtet zu sein, auf die Sache Etwas verwendet, so stehen ihm nach Erlöschung seines Rechtes alle Befugnisse zu, welche dem redlichen Besitzer bei der Eigenthumsklage in Betreff der auf die Sache gemachten Verwendungen zukommen. Die Lasten der Sache hat der Eigenthümer zu tragen.

---

1. Vergl. Siebenhaar, Correalobligationen S. 189 folg.

Der Gebrauchs- oder Wohnungsberechtigte hat außer den, die pflegliche Ausübung und beziehendlich die Bewahrung der Sache betreffenden, nach Analogie der Vorschriften in §§ 610. 612 zu beurtheilenden allgemeinen Verpflichtungen, als besondere Obliegenheit nur die gewöhnlichen Ausbesserungen auf seine Kosten zu übernehmen. Die Zinsen hypothekarischer Forderungen und die Lasten der Sache aller Art hat der Eigenthümer zu tragen.

---

§ 641. Das Recht der Herberge besteht in der Mitbewohnung der dem Verpflichteten zur Wohnung und Haushaltung dienenden Räume und giebt dem Berechtigten die Befugniß, auch den zur Zeit der Bestellung des Rechtes mit ihm verbundenen Ehegatten und die Kinder mit aufzunehmen, welche aus einer vor jener Zeit geschlossenen Ehe erzeugt, oder vor dieser Zeit von einem Ehegatten ihm zugebracht worden sind. Ist die berechtigte Person weiblichen Geschlechts, so tritt hinsichtlich ihrer außerehelichen Kinder, nicht aber hinsichtlich entfernterer Abkömmlinge, ihr Recht zur Aufnahme derselben in die Herberge ein, ohne Unterschied, ob sie vor oder nach der Entstehung des Herbergrechtes geboren sind. In allen Fällen gilt hinsichtlich der Kinder die Beschränkung in § 639. Einem Berechtigten männlichen Geschlechts steht das Recht der Aufnahme seiner außerehelichen Kinder in die Herberge nicht zu. Der Verpflichtete hat die nothwendige Herbeiziehung dritter Personen zur Pflege des Berechtigten zuzulassen.

Motive. Dieser und die beiden folgenden §§ sind aus der Bekanntmachung, einige Rechtssätze, den Auszug betreffend, v. 2. Octbr. 1839, unter Nr. 14. 15. 16 genommen. Zu erwähnen ist nur noch, daß es rücksichtlich der im § 657 des Entwurfs (§ 641 des B. G.-B.) gedachten zugebrachten Kinder gleich ist, ob der Ehegatte, von welchem die Kinder zugebracht worden sind, zu der Zeit, wo die Aufnahme erfolgen soll, noch lebt oder nicht.

Zu bemerken ist, daß das Recht der Herberge, welches gewöhnlich bei der Bestellung von Auszügen vorkam und als bloße Auszugsleistung behandelt wurde, im B. G.-B. vom Auszuge getrennt und, seinem Gegenstande entsprechend, unter die persönlichen Dienstbarkeiten versetzt worden ist [1]. Ueber den Unterschied zwischen dem Gebrauche an einem Hause und der Wohnung in einem Hause (§§ 638 folg.) einer- und der Herberge (§ 641) andererseits, vergl. man noch Annalen N. F. Bd. 5, S. 115.

---

§ 642. Bei dem Gebrauche eines Hauses, bei der Wohnung und bei der Herberge ist der Berechtigte zum Mitgenusse und Gebrauche des bei dem dienenden Grundstücke vorhandenen Röhr- und Brunnenwassers zum Hausbedarfe berechtigt.

---

§ 643. Der Gebrauch einer Sache, die Wohnung und Herberge können auch der Ausübung nach nicht auf Andere übertragen werden, namentlich steht dem Berechtigten das Recht der Verpachtung oder Vermiethung nicht zu.

1. Indessen kann die Herberge, ebenso wie andere persönliche Dienstbarkeiten an Grundstücken, Gegenstand eines Auszugs sein; vergl. § 1159 des B. G.-B.

Die in Ansehung des Wohnungsrechts vom gemeinen Rechte[1] abweichende Vorschrift dieses § erklärt sich durch den im B. G.-B. auf das eigene Bedürfniß des Berechtigten und seines Hausstandes beschränkten Umfang der im § gedachten persönlichen Dienstbarkeiten.

VII. **Erwerbung der persönlichen Dienstbarkeiten.**

§ 644. Persönliche Dienstbarkeiten werden durch vertragsmäßige oder letztwillige Bestellung von Seiten des Eigenthümers der Sache, welche Gegenstand der Dienstbarkeit sein soll, erworben. Bei beweglichen Sachen ist auch der rechtmäßige und redliche Besitzer, jedoch unbeschadet der Rechte des Eigenthümers, zu Bestellung der Dienstbarkeit berechtigt. Wer widerrufliches Eigenthum an der Sache hat, kann eine persönliche Dienstbarkeit an derselben nicht bestellen. Wird durch Vertrag eine persönliche Dienstbarkeit bestellt, so bedarf es zur Erwerbung derselben nicht des Besitzes der dienenden Sache.

Motive. In diesem § ist bei derjenigen Art der Bestellung der persönlichen Dienstbarkeiten, welche durch Vertrag erfolgt, nicht, wie im § 590 des Entwurfs (§ 574 des B. G.-B.) geschehen ist, auf die Absicht der Interessenten, daß die Dienstbarkeit sofort entstehen solle, ein Gewicht gelegt, weil es sich hier nicht um die mit einem sogenannten pactum intuitu fundi initum verbundenen rechtlichen Folgen handeln kann. Auch ist das zu § 589 des Entwurfs (§ 573 des B. G.-B.) Gesagte zu vergleichen.

Wenn auch zur Entstehung einer persönlichen Dienstbarkeit durch Vertrag nicht erforderlich ist, daß nach der Absicht der Betheiligten die Dienstbarkeit sofort und mit dem Vertragsschlusse selbst entstehen soll, so muß doch der Vertrag immer direct auf die Bestellung der letzteren gerichtet sein, er darf also nicht etwa blos die vorläufige Zusage, künftig eine solche Dienstbarkeit bestellen zu wollen, enthalten. Im Uebrigen befolgt, wie bereits zu § 574 bemerkt, das B. G.-B. bei den persönlichen ebenso wie bei den Grunddienstbarkeiten die richtigere Ansicht, daß es zur Entstehung der Dienstbarkeit durch Vertrag der Quasitradition nicht bedürfe.

In Ansehung der persönlichen Dienstbarkeiten an Grundstücken ist noch auf die Bestimmungen in §§ 376. 528 des B. G.-B. aufmerksam zu machen.

---

§ 645. Durch richterliche Entscheidung entstehen persönliche Dienstbarkeiten ebenso wie Grunddienstbarkeiten.

Man vergleiche hierzu die Bestimmungen in § 576 des B. G.-B.

---

§ 646. Die Bestellung des Nießbrauches und des Gebrauches an unbeweglichen Sachen, mit Ausnahme des Falles, wo die dadurch ertheilten Befugnisse

---

1. Vergl. §§ 1—5 J. de usu et hab. l. 13 C. de usufr. et hab. l. 10 pr. § 2. 3 D. de usu et habit.

über den Inhalt von Grunddienstbarkeiten nicht hinausgehen, ingleichen die Bestellung der Wohnung und Herberge, erfordern, wenn sie gegen Dritte wirksam sein sollen, welche das Eigenthum oder ein sonstiges, durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch begründetes Recht nach der Bestellung erwerben, Eintragung in das Grundbuch.

Motive. Den gegenwärtigen § anlangend, so ist unter der darin erwähnten Ausnahme der im § 617 des Entwurfs (§ 601 des B. G.-B.) angegebene Fall der irregulären Dienstbarkeit zu verstehen.

Ob in Fällen, wo der Nießbrauch als Dispositionsbeschränkung eingetragen ist, ein Verzicht des Nießbrauchers auf die Dispositionsbeschränkung zugleich einen Verzicht auf den Nießbrauch enthalte, ist lediglich facti quaestio.

Die Eintragung des Nießbrauchs und des Gebrauchs an einer unbeweglichen Sache, sowie der Wohnung und Herberge, ist nach dem B. G.-B. zur Entstehung derselben als Rechte an einer fremden Sache nicht erforderlich, es gehören also diese Dienstbarkeiten nicht zu denjenigen Rechten an unbeweglichen Sachen, welche dergestalt unter die Herrschaft des Ingrossationssystems gestellt worden sind, daß sie nur durch die Eintragung in das Grundbuch und unter dem unmittelbaren Schutze der Oeffentlichkeit des letzteren entstehen, und auch nur durch die Löschung in demselben aufhören. Die Eintragung ist vielmehr bei den eben erwähnten Dienstbarkeiten nur in ihrer Eigenschaft als Dispositionsbeschränkung zuläßig und daher nur dann erforderlich, wenn die Bestellung derselben nach dem Principe der Publicität auch dritten Personen gegenüber wirksam sein soll. Aber selbst zur Wirksamkeit gegen dritte Personen bedarf es der Eintragung nach dem B. G.-B. nur in so fern, als diese Personen nach Bestellung der Dienstbarkeit Rechte an dem betreffenden Grundstücke durch Eintragung erworben haben und deshalb den Grundsatz der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs für sich anziehen können, oder wenn dieselben eine Grunddienstbarkeit an dem betreffenden Grundstücke bestellt erhalten haben (vgl. § 569 und die Bemerkungen dazu). Welche Wirksamkeit der Eintragung eines Nießbrauches den später eingetragenen Hypotheken und Prädialservituten gegenüber zukommt, ist bereits zu §§ 402. 569 und 612 erörtert worden. Gegen den Nachfolger im Eigenthume des belasteten Grundstücks kann eine persönliche Dienstbarkeit, welche zum Behufe ihrer Wirksamkeit gegen Dritte einzutragen gewesen wäre, aber nicht eingetragen worden ist, falls er sich im guten Glauben befunden, nicht weiter ausgeübt, auch deren nachträgliche Eintragung nicht gefordert werden. In Betreff der Reallasten enthält das B. G.-B. keine hierher gehörige specielle Bestimmung. Die durch den § 646 anerkannte Wirksamkeit des Eintrages kann aber bei denselben nur darin bestehen, daß eine später, ohne Zustimmung des Dienstbarkeitsberechtigten eingetragene Reallast, also namentlich auch ein später bestellter Auszug nur in so weit, als dieß mit der Ausübung der Dienstbarkeit verträglich, gegen den Dienstbarkeitberechtigten geltend zu machen ist. Die Leibrente, das eiserne Capital und die in Geldleistungen bestehenden Reallastenreste treten, soweit sie (vergl. §§ 511. 518) nach dem Rechte der Hypotheken zu beurtheilen sind, dem Usufructuar gegenüber ganz in das § 402 bezeichnete Verhältniß der letzteren ein.

Sollte der Eigenthümer eines Grundstücks mehreren Personen, jeder für sich, eine der vorgedachten Dienstbarkeiten eingeräumt haben und noch keine derselben als Dispositionsbeschränkung eingetragen worden sein, so würden unter den Berechtigten selbst unbezweifelt die Vorschriften der §§ 527. 529 anzuwenden und im Collisionsfalle zunächst der älteren Dienstbarkeit der Vorzug vor der neueren und der Anspruch auf die ausschließliche Eintragung einzuräumen sein. Dagegen kann die Frage entstehen, ob bei dem Zu-

sammentreffen mehrerer persönlicher Dienstbarkeiten, welche nicht neben einander ausgeübt werden können, die bereits erfolgte Eintragung der einen dieser Dienstbarkeiten die Entstehung oder die Ausübung der anderen, noch nicht eingetragenen, verhindern, beziehendlich beschränken würde? Diese Frage wird aber verneint werden müssen, weil die Eintragung zur Entstehung des dinglichen Rechtes nicht erforderlich ist und die exceptionellen Bestimmungen des § 569 sich nur auf die Ausübung der Grunddienstbarkeiten gegenüber dem Rechte des Nießbrauchers beziehen. Demnach müssen auch in dem eben erwähnten Falle die Vorschriften der §§ 527. 529 maßgebend werden, wobei nur zu bemerken ist, daß die Eintragung mehrerer Dispositionsbeschränkungen, welche auf persönlichen, gleichzeitig für verschiedene Personen bestellten Dienstbarkeiten beruhen, nicht unbedingt unstatthaft und unter Umständen zur Wahrung der Rechte jedes einzelnen Berechtigten gegen dritte Personen nöthig sein würde [1].

Ueber den auf Familienverhältnissen beruhenden Nießbrauch vergl. die Bemerkungen zu § 660.

---

§ 647. Durch Ersitzung können persönliche Dienstbarkeiten nicht erworben werden.

Motive. Zu diesem § ist das zu § 545 des Entwurfs (§ 530 des B. G.-B.) Gesagte zu vergleichen.

---

§ 648. Andere persönliche Dienstbarkeiten, als der Nießbrauch, können nicht nach ideellen Theilen erworben werden.

Der § stimmt mit den gemeinrechtlichen Grundsätzen überein. Man vergl. die Bemerkungen zu § 637.

VIII. Erlöschung der persönlichen Dienstbarkeiten.

§ 649. Persönliche Dienstbarkeiten erlöschen durch Verzicht des Berechtigten, wenn derselbe von dem Eigenthümer der dienenden Sache angenommen wird, ingleichen durch das Vermächtniß der Freiheit von der Dienstbarkeit.

Motive. Ist die persönliche Dienstbarkeit als Dispositionsbeschränkung eingetragen, so giebt ein nach dem § geleisteter Verzicht einen Rechtsgrund zur Löschung der Dispositionsbeschränkung.

Die Einwilligung des Nießbrauchers in die Veräußerung der Sache giebt für sich allein noch keinen Grund zur Annahme eines stillschweigenden Verzichts auf die Dienstbarkeit. Wegen Mißbrauchs der Sache Seiten des Nießbrauchers ist der Nießbrauch nicht als verwirkt zu betrachten; der Proprietar, welcher durch die Caution sichergestellt ist, hat blos ein Recht, die Abstellung des Mißbrauches zu verlangen.

---

1. Der Nießbrauch an einer eingetragenen Forderung wird nach Analogie des § 646 und den Principien des Ingrossationssystems ebenfalls und zu demselben Behufe wie der Nießbrauch an Grundstücken, als eine Beschränkung des Gläubigers in der Disposition über die Forderung, einzutragen sein.

Da nach § 656 persönliche Dienstbarkeiten mit dem Tode des Berechtigten erlöschen, so kann sich der Schlußsatz dieses § nicht auf ein Vermächtniß beziehen, dessen Gegenstand die Befreiung des Eigenthümers der dienenden Sache von einer, dem Vermächtnißerrichter selbst zustehenden persönlichen Dienstbarkeit wäre, die Fassung des § giebt auch keine Veranlassung, hieran zu denken, vielmehr betrifft derselbe solche Fälle, wo der Gegenstand des Vermächtnisses die Freiheit von einer dem Beschwerten zustehenden oder für die Erben des Vermächtnißerrichters mit bestellten persönlichen Servitut ist. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß, wenn die persönliche Dienstbarkeit eingetragen ist, jede Art ihres Erlöschens einen Rechtsgrund auf Löschung dieser Dispositionsbeschränkung gewährt.

---

§ 650. Der Nießbraucher kann sich durch Verzicht auf den Nießbrauch und Rückgabe der Sache an den Eigenthümer zu jeder Zeit von allen ihm obliegenden Verbindlichkeiten für die Zukunft einseitig befreien.

Es ergiebt sich aus der Fassung dieses §, daß der Nießbraucher der Zustimmung des Eigenthümers der dienenden Sache nicht bedarf, wenn er Verzicht auf sein Recht leistet und die Sache dem Eigenthümer zurückgiebt. Es ist eine Dereliction des Nießbrauchs, bei welcher ähnliche Rücksichten wie bei der Dereliction des Eigenthums maßgebend sind. So würde sich z. B. der Usufructuar eines Grundstückes, dessen Ertrag von den Hypothekenzinsen, Steuern und Oblasten, welche derselbe zu bezahlen hat, überstiegen wird, zur Aufgabe des Nießbrauchs wohl bestimmt finden können.

---

§ 651. Rücksichtlich der Erlöschung der persönlichen Dienstbarkeiten wegen Ablaufs einer Zeit oder Eintritts einer auflösenden Bedingung, sowie wegen Vereinigung der Dienstbarkeit und des Eigenthums an dem dienenden Gegenstande in einer Person, sind die Vorschriften über die Grunddienstbarkeiten anzuwenden.

Motive. Zu diesem § sind die §§ 609. 610 des Entwurfs (§§ 593. 594 des B. G.-B.) zu vergleichen.

Wenn die dienende Sache in das Miteigenthum des Berechtigten gelangt, so wird bei der Theilbarkeit des Nießbrauchs der letztere nach dem ideellen Antheile des Usufructuar an der gemeinschaftlichen Sache erlöschen und bez. wiederaufleben.

---

§ 652. Eine persönliche Dienstbarkeit, welche bis zu der Zeit, wo ein Dritter ein gewisses Alter erreicht, bestellt wird, erlöscht erst zu der dadurch bestimmten Zeit, selbst wenn der Dritte vorher gestorben ist.

Der § ist z. B. auf den Fall anwendbar, wenn einem Sohne ein Grundstück mit der Bestimmung hinterlassen worden ist, daß seine Mutter den Nießbrauch an diesem Grundstücke so lange haben solle, bis ein jüngerer Bruder des Vermächtnißnehmers die Volljährigkeit erlangt habe. Der Beisatz im § 668 des Entwurfs: „dafern nicht etwas Anderes bei der Bestellung der Dienstbarkeit beabsichtigt worden ist oder sich aus deren Zwecke ergiebt“, ist bei der Schlußredaction als selbstverständlich weggelassen worden.

---

§ 653. Persönliche Dienstbarkeiten erlöschen durch den Untergang der Sache oder deren Umwandlung in eine andere; bei Wiederherstellung der Sache leben sie nicht wieder auf.

Motive. Aus dem § folgt, daß, wenn ein dem Nießbrauche unterworfenes Gebäude oder Holzgrundstück abbrennt, der Nießbrauch an der area nicht fortbesteht.

Als Umwandlung der Sache im Sinne des § würde z. B. bei beweglichen Sachen die Specification, bei unbeweglichen die Verwandlung eines Landgrundstücks zu einem Gebäude, oder umgekehrt, zu betrachten sein. Andere Vorrichtungen oder Baulichkeiten, welche die Ausübung der Dienstbarkeit nur theilweise oder vorübergehend verhindern, heben die Dienstbarkeit nicht auf und können die Confessorienklage auf Beseitigung oder Wiederherstellung des vorigen Zustandes begründen. Nach der allgemeinen Fassung des § und dem Grundsatze, daß die persönliche Dienstbarkeit sich streng an das ursprüngliche Object hält, erlöscht übrigens die letztere im Falle des Untergangs oder der Umwandlung der Sache auch dann, wenn jener oder diese von dem Eigenthümer selbst ausgegangen, bez. verschuldet worden ist. In wie fern in diesem Falle ein Anspruch auf Schadenersatz stattfinde, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen[1].

---

§ 654. Wird bei einem Nießbrauche an einer Forderung der Gläubiger Erbe des Schuldners, so hat der Nießbraucher das Recht, eine den bisherigen Zinsen entsprechende Rente auf die Dauer des Nießbrauches zu fordern.

Nach diesem § soll die Aufhebung der Forderung durch confusio debiti et crediti nicht das Erlöschen des Nießbrauchs, sondern nur eine Veränderung in Bezug auf das Object desselben zur Folge haben. Eben deshalb, weil sich nunmehr der Anspruch des Nießbrauchers auf den Bezug einer dem bisherigen Zinsbetrage entsprechenden Rente beschränkt, ist bei einer hypothekarischen Forderung der bisherige Gläubiger nicht verhindert, das im § 443 erwähnte Recht geltend zu machen.

Uebrigens ist es bei der principiellen Gleichheit der Beurtheilung unbedenklich, denselben Grundsatz auch auf den umgekehrten Fall der Confusion, wenn der Schuldner Erbe des Gläubigers wird, anzuwenden.

---

§ 655. Persönliche Dienstbarkeiten erlöschen durch ununterbrochene Nichtausübung während eines Zeitraums von dreißig Jahren.

Motive. Nach diesem § erlöscht der Nießbrauch durch dreißigjährige Verjährung, und zwar ohne Unterschied, ob das Object der persönlichen Dienstbarkeit eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist. Auch wenn die persönliche Dienstbarkeit als Dispositionsbeschränkung eingetragen ist, findet die Erlöschung durch Verjährung statt, es kann auf deren Grund Löschung der Dispositionsbeschränkung gefordert werden. Der Grund der Verschiedenheit der persönlichen Dienstbarkeiten und der anderen eingetragenen Rechte liegt darin, daß bei jenen nicht sowie

---

1. In Betreff der Wohnung oder Mitwohnung, welche Gegenstand eines Auszugs ist, vergl. man §§ 1159. 1172 des B. G.-B.

bei diesen das Recht, sondern blos die daraus hervorgehende Dispositionsbeschränkung eingetragen wird, die persönlichen Dienstbarkeiten also keine Rechte sind, welche die aus dem Principe der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher fließenden Vortheile genießen. In Beziehung auf die Ausübung des Nießbrauches Seiten Dritter finden die allgemeinen Grundsätze Anwendung.

Hat nämlich der Nießbraucher nicht selbst, sondern ein Dritter in dessen Auftrage und Namen den Nießbrauch ausgeübt, so wird der Nießbrauch dadurch conservirt; hat dagegen ein Dritter den Nießbrauch ohne eine Beziehung auf den Nießbraucher ausgeübt, so nützt dieß dem letzteren nicht gegen die Vollendung der Verjährung durch non usus.

Der allgemeinen Fassung des § liegt die, bereits in den Motiven erwähnte, Absicht zu Grunde, daß, abweichend zum Theil vom gemeinem Rechte, persönliche Dienstbarkeiten jeder Art durch Nichtgebrauch erlöschen sollen, wenn sie während eines Zeitraumes von dreißig Jahren gar nicht ausgeübt worden sind; dieser Nichtgebrauch hat also das Erlöschen jeder persönlichen Dienstbarkeit, ohne Unterschied, ob sie an einer beweglichen oder unbeweglichen Sache besteht, zur Folge; ausgenommen davon ist nur der im § 659 gedachte Fall des Nießbrauchs an verbrauchbaren Sachen. Daß auch bei den eingetragenen persönlichen Dienstbarkeiten eine Verjährung durch non usus zugelassen werden konnte, ohne dadurch mit dem Grundsatze der Unverjährbarkeit eingetragener Rechte in Widerspruch zu gerathen, erklärt sich dadurch, daß dieselben nach § 646 nicht zu den dinglichen Rechten gehören, welche erst durch Eintragung begründet werden. Uebrigens gilt auch bei dem non usus der persönlichen Dienstbarkeiten der Grundsatz, daß der Berechtigte keine Conservativhandlungen zu beweisen habe. Man vergl. § 599.

---

§ 656. Persönliche Dienstbarkeiten erlöschen mit dem Tode des Berechtigten, und wenn sie einer juristischen Person ohne Bestimmung der Dauer bestellt sind, nach hundert Jahren.

Aus der Fassung des § ergiebt sich, daß persönliche Dienstbarkeiten, welche einer juristischen Person zustehen, auf länger als 100 Jahre bestehen können, wenn sie durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung auf längere Zeit bestellt worden sind.

---

§ 657. Eine den Erben des Berechtigten mit bestellte persönliche Dienstbarkeit gilt als eine neue Dienstbarkeit und kann sich nur auf die unmittelbaren Nachfolger des Berechtigten erstrecken. Unter den Erben sind sowohl die durch Gesetz, als auch die aus anderen Gründen berufenen zu verstehen.

Motive. Hierzu ist zu bemerken, daß erstens die persönliche Dienstbarkeit, welche den Erben des Berechtigten mit bestellt wird, als eine neue Dienstbarkeit zu betrachten ist, und zweitens unter den Erben auch die durch Erbverträge ernannten zu betrachten sind.

---

§ 658. Andere persönliche Dienstbarkeiten, als der Nießbrauch, können nicht nach ideellen Theilen erlöschen.

Motive. Nach dem § kommt die Eigenschaft der Theilbarkeit nur dem Nießbrauche zu. Andere persönliche Dienstbarkeiten sind untheilbar. Ebenso behalten Grunddienstbarkeiten, welche als persönliche bestellt werden, den Charakter der Untheilbarkeit mit seinen auch bei der Erlöschung sich ergebenden Wirkungen.

---

§ 659. Der Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen erlöscht weder durch Nichtausübung, noch durch den Untergang der Sache oder deren Umwandlung in eine andere.

Motive. Die Bestimmung des § folgt aus der Natur des Nießbrauches an verbrauchbaren Sachen. Sie würde keine Anwendung finden, wenn an dergleichen Sachen ein verus ususfructus bestellt worden wäre.

Da bei dem Nießbrauche an verbrauchbaren Gegenständen diese, wenn nicht etwas Anderes bestimmt worden, in das Eigenthum des Nießbrauchers übergehen, so fällt bei ihm die Möglichkeit der Erlöschung des Nießbrauchs durch non usus von selbst hinweg.

IX. Mit Verhältnissen des Familienrechtes verbundener Nießbrauch.

§ 660. Der nach gesetzlichen Vorschriften mit Verhältnissen des Familienrechtes verbundene Nießbrauch wird, soweit über dessen Wirkung, Entstehung und Erlöschung nicht besondere Bestimmungen vorhanden sind, nach den über die Dienstbarkeit des Nießbrauches geltenden Vorschriften beurtheilt.

Motive. Von den mit Verhältnissen des Familienrechtes verbundenen Nießbrauchsrechten handeln § 1686 folg., § 1844 folg. des Entwurfs (§ 1655 folg., § 1811 folg. des B. G.-B.).

In Betreff der besonderen Bestimmungen, welche das B. G.-B. über den auf Familienverhältnissen beruhenden Nießbrauch (des Ehemannes oder des Vaters) enthält, ist an dieser Stelle nur darauf hinzuweisen, daß dieser Nießbrauch nach §§ 1670 u. 1819 zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung in das Grundbuch nicht bedarf. Die Vorschriften in §§ 402. 569 u. 646 sind, wie schon früher bemerkt worden ist, nur auf die Dienstbarkeit des Nießbrauches berechnet und auf den gesetzlichen Nießbrauch nicht anwendbar. Dieser ist zwar nach §§ 1670. 1819 auch gegen Dritte wirksam, obwohl er in das Grund- und Hypothekenbuch nicht eingetragen werden darf. Allein es treten hierbei, wegen der Familienverhältnisse, mit welchen der gesetzliche Nießbrauch verbunden ist (Ehe und väterliche Gewalt), wesentlich andere Rücksichten als bei dem Ususfructus als persönlicher Dienstbarkeit ein. Die Wirksamkeit eines gesetzlichen Nießbrauchs an Grundstücken äußert sich allerdings darin, daß, unbeschadet der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs, der Nießbrauchberechtigte eine ohne seine Genehmigung getroffene Verfügung, soweit dieselbe mit seinem Nießbrauche unvereinbar ist, nicht anzuerkennen braucht, andererseits aber ist es auch fast nur bei volljährigen Hauskindern denkbar, daß ein dem gesetzlichen Nießbrauche unterworfenes Grundstück ohne Mitwirkung und Zustimmung des Usufructuar mit dinglichen Rechten belastet werden könnte. In der vorbehaltlosen Ertheilung dieser Zustimmung liegt ein Verzicht auf die Ausübung des Nießbrauchs gegen Denjenigen, welcher das dingliche Recht erworben hat. Hat also z. B. der Ehemann die

Bestellung einer Hypothek an dem inferirten Grundstücke seiner Ehefrau genehmigt, so hat er keinen Anspruch auf die von der Hypothek ergriffenen Früchte und kann namentlich auch eine Theilung der natürlichen Früchte nach § 76 nicht beanspruchen. Eine Wirksamkeit des Nießbrauchs gegen den dritten Eigenthümer des Grundstücks kommt überhaupt gar nicht in Betracht, weil durch eine gültige Veräußerung das Grundstück aufhört, einen Bestandtheil des dem Nießbrauche unterworfenen Vermögens zu bilden.

X. Baurecht und Kellerrecht.

§ 661. Die Berechtigung, ein Gebäude auf fremdem Grund und Boden zu haben und zu benutzen, gleichviel ob dieses schon vorhanden ist, oder von dem Berechtigten erst errichtet werden soll, ingleichen die Berechtigung, einen Keller unter einem fremden Grundstücke zu haben, werden vererbliche und veräußerliche Rechte, wenn sie ein besonderes Folium im Grundbuche erhalten haben. Die Verhältnisse zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten sind nach den Vorschriften über die persönlichen Dienstbarkeiten zu beurtheilen.

Motive. Der Schlußsatz dieses § bezieht sich blos auf die Verhältnisse zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten während der Zeit, wo das Baurecht oder Kellerrecht besteht, nicht auf die Art der Erwerbung und des Verlustes dieses Rechts, wie denn überhaupt diese Vorschrift mit der Restriction, welche aus dem Ingrossationssysteme hervorgeht, zu erklären ist.

Es liegt außer den Grenzen dieses Commentars, auf eine vollständige Darstellung der in mannigfachen Beziehungen zweifelhaften und controversen gemeinrechtlichen Lehre[1] der Superficies einzugehen; wir müssen uns begnügen, einige allgemeinere Bemerkungen über den Begriff und das Wesen dieses Rechtsinstituts folgen zu lassen, welche dazu dienen sollen, die in den Bau- und Kellerrechten repräsentirte Superficies des B. G.-B. richtiger, als nach unserem Dafürhalten in der Wächterschen Abhandlung geschehen ist, zu charakterisiren.

Der Ausdruck „superficies“ bezeichnet eigentlich die Erdoberfläche eines Grundstücks, welche nach den Naturgesetzen vom Grund und Boden weder getrennt noch als von diesem getrennt gedacht werden kann. Als Gegenstand des superficiarischen Rechtes dagegen ist die superficies das, was sich auf der Oberfläche des Grundstücks befindet, insbesondere ein auf der Oberfläche errichtetes, nach den Regeln der Accession, zu dieser gehöriges, Gebäude[2].

Ein Eigenthum an dem auf einem fremden Grundstücke errichteten Gebäude, ist nicht denkbar, weil, so lange die Verbindung des Gebäudes mit der area besteht, die letztere die Voraussetzung für die erstere ist, und, wenn die Verbindung aufgelöst wird, das Gebäude aufhört ein Ganzes zu sein. Eine superficies kann nur ein jus in re aliena sein. Aber hieraus folgt nicht, daß sie eine persönliche Dienstbarkeit oder eine Grunddienstbarkeit sein müsse. Ersteres ist sie nicht, weil das Recht, welches der Eigenthümer der area

1. Vergl. über dieselbe: Müller, Lehrbuch der Institutionen § 94. Donelli comment. t. V, pag. 393 sequ. und die Abhandlung von Wächter in der Sammlung von Abhandlungen der Juristenfacultät zu Leipzig, welche sich sowohl über das gemeine Recht, als über die Bestimmungen des B. G.-B. verbreitet.

2. l. 1. §§ 1. 4. l. 2 D. de superfic.

an dem Gebäude hat, nicht aus dem ihm zustehenden ususfructus, sondern aus dem jus accessionis fließt; letzteres ist sie nicht, weil das Recht, ein Gebäude auf fremdem Grund und Boden zu haben, nicht einem Grundstücke zustehen kann.

Unter diesen Umständen war es ganz natürlich, daß sich unter dem Einflusse des prätorischen Rechts die superficies zu einem besonderen Rechtsinstitute ausbildete, und unter diesem Namen ein jus in re aliena entstand, kraft dessen dem Superficiar an dem auf fremdem Grund und Boden errichteten Gebäude, mit Ausnahme der Proprietät des Grund und Bodens, alle Eigenthumsbefugnisse zukamen und zu dessen Schutze demselben eine actio in rem nach Analogie der Eigenthumsklagen und die actio confessoria (utiliter) gegeben wurde[1]. Dieses superficiarische Recht konnte durch Vertrag oder letztwillige Verfügung entstehen. Dagegen ist die Zulässigkeit der Ersitzung bestritten[2]. Die Verschiedenheit der constituirenden Rechtsgeschäfte hat keinen Einfluß auf den Begriff und das Wesen der Superficies als eines besonderen und selbständigen jus in re; sie betrifft nicht das Object des Rechtsgeschäfts, sondern es hängen davon nur die weiteren Befugnisse und Verpflichtungen des Superficiar, theils nach der allgemeinen Natur des Rechtsgeschäftes, theils nach den besonders getroffenen Nebenbestimmungen, ab. Es kann eine Superficies nicht blos durch einen entgeltlichen oder unentgeltlichen Veräußerungsvertrag (emtio venditio oder donatio), sondern auch durch eine locatio conductio begründet werden, welche in den Quellen wiederholt als Entstehungsgrund der Superficies angeführt wird. Wir übergehen die nähere Prüfung der gerade über diesen Fall bestehenden Verschiedenheit der Ansichten und Auffassungen und beschränken uns auf die Bemerkung, daß die Superficies deshalb, weil sie auf einem Miethvertrage beruht, ebenso in der Eigenschaft eines jus in re aliena entsteht, als wenn sie Gegenstand eines Kaufes ist, sobald der Wille der Betheiligten darauf geht, daß dieses Recht bestellt und erworben werden soll. Der wesentliche Unterschied liegt nur darin, daß bei der Bestellung der Superficies durch Miethvertrag die Dauer derselben in der Regel beschränkt sein wird und daß die Gegenleistung (solarium) sich in ihrer äußeren Erscheinung als eine Gegenleistung für die an der Superficies statthafte volle Benutzung darstellt.

Bei der Revision des B. G.-B. ging man, wie schon in den speciellen Motiven zu § 276 erwähnt worden ist, davon aus, daß das gemeinrechtliche Institut der Superficies nur in beschränktem, den gegenwärtigen Bedürfnissen genügendem und entsprechendem Umfange und in einer anderen Form beizubehalten sei. Was von der Superficies des gemeinen Rechtes fortbestehen sollte, ist unter den Begriff der Bau- und Kellerrechte aufgenommen worden[3]. Der hierauf bezügliche § 661 ist lediglich aus sich selbst zu erklären, weil er die Bestimmung hat, an die Stelle der gemeinrechtlichen superficies ein ganz neues Rechtsinstitut zu setzen. Wenn die Bau- und Kellerrechte in das System der Sachenrechte hinter den Dienstbarkeiten eingereiht und in gewisser Beziehung als persönliche Dienstbarkeiten behandelt worden sind, so darf dieß nicht so verstanden werden, als ob diese Rechte eine bestimmte Classe persönlicher Dienstbarkeiten hätten bilden sollen. Sie unterscheiden sich von diesen Dienstbarkeiten in zwei Punkten wesentlich, erstlich darin, daß sie veräußerliche und vererbliche Rechte, also nicht an die Person des Berechtigten gebunden, und zweitens darin, daß sie vollständig unter die Herrschaft des Ingrossationssystems

1. l. 1. §§ 3. 6 D. de superfic.

2. Die l. 26 D. de usurp. schließt die Ersitzung eines superficiarischen Rechtes nicht aus, sondern erklärt nur eine Eigenthumsersitzung an der superficies ohne Grund und Boden für unmöglich. Bestimmte Aussprüche für die Ersitzung der superficies enthalten aber die Quellen ebenfalls nicht.

3. Sitzungsprotokoll Nr. XLIV. und CI.

gestellt worden sind. Das letztere ist geschehen, weil das Recht, ein Gebäude auf fremdem Grund und Boden zu haben und zu benutzen, seinem Inhalte und Umfange nach dem Eigenthume an Grundstücken so nahe steht, daß mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs die Eintragung desselben als einer bloßen Verfügungsbeschränkung nicht für ausreichend erachtet werden konnte. Als persönliche Dienstbarkeit sollten die Bau- und Kellerrechte nur in dem Verhältnisse des Berechtigten zum Verpflichteten beurtheilt werden, wie dieß auch der § 661 ausdrücklich vorschreibt und in Folgendem noch kürzlich mit zu erörtern sein wird.

Die Fassung des §: „die Berechtigungen rc. werden vererbliche und veräußerliche Rechte, wenn sie ein besonderes Folium im Grund- und Hypothekenbuche erhalten haben" hat zu der Ansicht Anlaß gegeben, daß das B. G.-B. zwei verschiedene Arten von Bau- und Kellerrechten anerkennen wolle, je nachdem für dieselben ein Folium bestehe oder nicht[1]. Dagegen ist aber Nachstehendes zu bemerken: An die Stelle der gemeinrechtlichen Superficies ist im B. G.-B. nur ein veräußerliches und vererbliches Recht des in § 661 bezeichneten Inhalts getreten, welches durch die Anlegung eines besonderen Foliums begründet wird und überdieß noch das Eigenthümliche hat, daß, weil nach § 11 der Ein- und Ausführungsverordnung die Anlegung des Foliums von der Genehmigung des Justizministeriums abhängt, seine Bestellung der freieren Willkür der Betheiligten, aus Rücksichten auf das öffentliche Interesse, entzogen worden ist. Gleichwohl kann auch außer dem Falle eines Bau- und Kellerrechtes im Sinne des § 661 die Berechtigung ein Gebäude auf fremdem Grund und Boden zu errichten und dasselbe, oder ein bereits auf fremdem Grund und Boden errichtetes Gebäude zu gebrauchen oder zu benutzen, vorkommen, dann ist sie aber weder eine Superficies, noch eine besondere Art persönlicher Dienstbarkeiten, sondern entweder eine bloße Obligation, wie z. B. in dem Falle, wenn dem Pachter gestattet wird, ein Gebäude für die Dauer und die Zwecke der Pachtung zu errichten oder sie erscheint als Gegenstand einer persönlichen Dienstbarkeit, eines Nießbrauchs, einer Wohnung oder Herberge oder endlich eines Auszugs, bei dem es wohl vorkommt, daß der Auszügler sich ein Gebäude zu seinem ausschließlichen Gebrauche selbst errichten kann[2].

In allen diesen Verhältnissen treten mithin die allgemeinen Grundsätze über Obligationen und persönliche Dienstbarkeiten ein und es kann ein, die gesetzlich vorgezeichneten Grenzen der persönlichen Dienstbarkeit überschreitendes, also namentlich ein veräußerliches und vererbliches Recht, als Dienstbarkeit nicht bestellt werden. Eine Grunddienstbarkeit kann aber das superficiarische Recht nach der im § 535 des B. G.-B. gegebenen Begriffsbestimmung nicht sein, weil es dabei an einem fundus dominans fehlt und es braucht dabei vor einer Verwechselung der servitus oneris ferendi mit der superficies nicht erst gewarnt zu werden. Es ist sonach ganz erklärlich, daß in dem Abschnitt III. §§ 604 bis 659 des B. G.-B., welche von den verschiedenen persönlichen Dienstbarkeiten handeln, und namentlich im § 646 die Bau- und Kellerrechte nicht weiter erwähnt werden. Im § 600 wird denselben allerdings die Eigenschaft persönlicher Servituten beigelegt, allein es geschieht dieß, wie aus dem dabei citirten § 661 erhellt, nur deshalb, weil sie im Verhältnisse des Berechtigten zum Verpflichteten als persönliche Dienstbarkeiten beurtheilt werden sollen, aber nicht in dem Sinne, als ob die Bau- und Kellerrechte in die Reihe der persönlichen Dienstbarkeiten mit aufgenommen und nur in dem Falle, wenn sie mit einem Folium versehen würden, mit der besonderen Eigenschaft eines vererblichen veräußerlichen Rechtes hätten ausgestattet werden sollen. Wird in der G.-O. vom 9. Januar 1865 § 124, 8 unter Anderen auch bestimmt, daß, „wenn ein Bau- oder Kellerrecht nach Maß-

1. Vergl. v. Wächter a. a. O. S. 186.
2. Vergl. § 284 folg. und die Bemerkungen dazu.

gabe des § 661 des B. G.-B. eingeräumt worden sei, dieß im Grundbuche (in der ersten Rubrik des für das belastete Grundstück bestehenden Foliums) verlautbart werden müsse, so läßt sich hieraus kein Argument dafür entlehnen, daß ein Bau- oder Kellerrecht als eine besondere Art persönlicher Dienstbarkeiten ohne eigenes Folium bestellt werden könne. Denn auch ein wirkliches Bau- und Kellerrecht, für welches ein Folium angelegt worden ist, muß auf dem Folium des Grundstücks, auf dem sich das Bauwerk befindet, eingetragen werden, damit das Bestehen dieses Rechtes Dritten, welche das Eigenthum oder andere Rechte durch Eintragung an diesem Grundstücke erwerben, nicht unbekannt bleibe.

In specielleren Beziehungen ist über das § 661 gedachte Bau- und Kellerrecht noch Folgendes zu bemerken:

1. Der § betrifft Gebäude, die sich auf der Ober- oder Unterfläche des fremden Grundstücks befinden. Denn der Ausdruck „Keller" ist dabei nicht in seinem engsten Sinne zu nehmen. Bei der umfassenden Bedeutung des dem römischen opus entsprechenden Ausdrucks „Gebäude" sind auch solche oberirdische Bauwerke, welche nicht für die Zwecke der Wohnung dienen, z. B. Ställe, Schuppen, Scheunen, nicht ausgeschlossen; dagegen lassen sich darunter bloße Umfriedigungsmauern, welche gar keinen selbständigen Verkehrswerth haben, nicht mit verstehen.

Die Berechtigung kann eben so wohl ein bereits vorhandenes, als ein von dem Grundeigenthümer oder dem Berechtigten selbst erst noch zu errichtendes Bauwerk zum Gegenstande haben, aber nicht in Bezug auf einzelne Bestandtheile eines Gebäudes, z. B. ein einzelnes Stockwerk eines Wohnhauses bestellt werden. Dieß ergiebt sich aus dem Gebrauche des Wortes „Gebäude", unter dem man das Ganze, und nicht blos einzelne Theile des Ganzen versteht und aus der Nothwendigkeit der Folienanlegung, für welche sich die Eintragung eines für den Verkehr bestimmten Rechtes an einem Theile fremder Gebäude nicht eignen würde.

2. Das von dem Berechtigten auf dem fremden Grund und Boden errichtete Gebäude wird nach den Grundsätzen von der Accession (§§ 284 folg.) Eigenthum des Grundherrn; durch die Bestellung des Bau- und Kellerrechts werden aber die im Eigenthume liegenden Veräußerungs-, Besitz- und Benutzungsbefugnisse als ein selbständiges jus in re aliena auf den Berechtigten übertragen.

3. Die Motiven erwähnen: „der Schlußsatz des § 661 beziehe sich nur auf das Verhältniß des Verpflichteten zum Berechtigten, während der Zeit, wo das Bau- oder Kellerrecht bestehe, nicht auf die Art der Erwerbung und des Verlustes dieses Rechtes". Dieß geht schon aus den Worten des Gesetzes hervor, und bestätigt zugleich die Ansicht, daß das Bau- und Kellerrecht nicht als eine persönliche Servitut, welche durch Anlegung des Foliums die besondere und anomale Qualität der Veräußerlichkeit und Vererblichkeit erhalten habe, aufzufassen sei.

Anlangend nun die Erwerbung des Bau- und Kellerrechtes, so ist dabei die Ersitzung nach dem Ingrossationssysteme ausgeschlossen. Es kann also dasselbe nur durch Vertrag, letztwillige Verfügung und möglicherweise durch richterliche Entscheidung im Theilungsverfahren begründet werden. Die über die Entstehung persönlicher Dienstbarkeiten durch Vertrag im § 644 enthaltene Vorschrift ist auf die Bau- und Kellerrechte nicht anwendbar, der Vertrag, oder letzte Wille, oder die richterliche Entscheidung kann vielmehr nur als ein Rechtsgrund zur Erwerbung des dinglichen Rechtes durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch auf dem hierzu angelegten Folium gelten. Auf die Gattung des constituirenden Rechtsgeschäfts kommt aber auch bei den Bau- und Kellerrechten des § 661 in Bezug auf die dingliche Natur und das Wesen des Rechtes selbst Nichts an, es hängen davon nur der objective Umfang, die Dauer des letzteren, die Gegen-

leistungen und solche auf freier Vereinbarung beruhende Nebenbestimmungen ab, welche das Wesen des Rechtes nicht berühren.

Ist für ein Bau- oder Kellerrecht ein Folium angelegt und das Recht durch die Eintragung auf diesem Folium zur Entstehung gelangt, so wird dasselbe nach § 59 den unbeweglichen Sachen gleichgestellt und es treten dabei rücksichtlich der Erwerbung des eingetragenen Rechtes die bei dem Eigenthume an Grundstücken geltenden Vorschriften ein, woraus folgt, daß sie im Falle einer Veräußerung erst durch die Eintragung des neuen Erwerbers in das Grundbuch auf diesen übertragen werden.

4. Der Bau- und Kellerberechtigte kann das eingetragene Recht nicht blos veräußern, sondern auch verpfänden; es gelten in Betreff dieser Verpfändung, in so weit nicht die Verschiedenheit des Pfandobjects eine Modification mit sich bringt, nach § 495 dieselben Vorschriften wie bei der Verpfändung von Grundstücken. Es ist daher insbesondere auch eine Hülfsvollstreckung statthaft und die Sequestration oder Zwangsversteigerung der Bau- und Kellerrechte auf Antrag der Pfandgläubiger zulässig.

Dagegen ist nach unserem Dafürhalten die Bestellung von Servituten und Reallasten, weil diese nur dem Eigenthümer des Grundstücks zusteht, dem Superficiar im Allgemeinen nicht gestattet. Jedoch kann das dem Grundeigenthümer bewilligte solarium als Reallast eingetragen werden.

5. Zur Verfolgung und zum Schutze seines Rechtes gegen unbefugte Eingriffe Dritter stehen dem Berechtigten analog die Besitzklagen, die rei vindicatio und die actio negatoria zu.

6. Während der Dauer des Bau- und Kellerrechtes ist dasselbe im Verhältnisse des Berechtigten zum Verpflichteten als persönliche Dienstbarkeiten zu behandeln, in so weit dieß mit dem Umfange und der selbständigen Natur dieser Rechte verträglich ist.

Die Ausübung hat in pfleglicher Weise zu geschehen; der Berechtigte ist, nach Analogie des Nießbrauchs (§ 612) verbunden, das Gebäude auf seine Kosten im Stande zu halten, die nöthigen Reparaturen und zwar, weil er das Gebäude nach Art der Eigenthümer benutzt, gleich einem Eigenthümer in ihrem vollen Umfange zu besorgen, auch die von dem Gebäude etwa zu entrichtenden Abgaben zu tragen. Der Eigenthümer des Grund und Bodens dagegen muß dem Berechtigten die Inhabung des Gebäudes und die Ausübung seiner Benutzungsrechte unbeschränkt und ungestört gestatten und darf ohne dessen Einwilligung keine Verfügung treffen, welche mit dem Inhalte und der Ausübung des fremden Rechtes unvereinbar ist, er darf also namentlich keine Dienstbarkeit oder Reallast an dem Grundstücke bestellen, welche das superficiarische Gebäude selbst und dessen Benutzung betrifft. In so weit dieß nicht der Fall, ist er in seinem Eigenthume am Grundstücke nicht beschränkt, er kann insbesondere auch Forderungeu auf sein Grundstück eintragen lassen. Der Einwilligung des Bau- oder Kellerberechtigten bedarf er dazu nicht, weil diese Hypotheken gegen das im Grundbuche eingetragene Bau- und Kellerrecht ohnedieß keine Wirksamkeit äußern können. Der Gläubiger hat gegen den Berechtigten keine hypothekarische Klage und das Bau- und Kellerrecht erlöscht auch nicht durch die Zwangsversteigerung der area, auf welcher das Gebäude sich befindet. Eben deshalb aber, weil die Bestellung eines Bau- oder Kellerrechts einer wirklichen Trennung des fraglichen Gebäudes von dem übrigen Grundstücke fast gleich steht, ist auch dieselbe nach Analogie einer Grundstücksabtrennung zu behandeln und es leiden daher auf solche die Vorschriften im § 419 Anwendung.

7. Zum Schutze seines Rechtes gegen den Grundeigenthümer hat der Berechtigte analog die actio confessoria (§§ 532. 603).

8. Anlangend den Verlust und das Erlöschen des Bau- und Kellerrechtes, so kommen hier zunächst die Bestimmungen in §§ 290. 291 zur Anwendung. Der bisherige Be-

rechtigte verliert demnach sein Recht, sobald es ein Anderer (durch seine Eintragung in das Grundbuch) erwirbt, und ferner ist, wenn das Bau- oder Kellerrecht auf eine gewisse Zeit oder unter einer auflösenden Bestimmung bestellt worden ist, der Grundeigenthümer nach Ablauf der Zeit oder Eintritt der Bedingung berechtigt, die Löschung des Bau- und Kellerrechts, bez. Cassation des für dasselbe angelegten Folium zu verlangen. Durch Privatwillen der Betheiligten, z. B. Vertrag, acceptirten Verzicht, letztwillige Verfügung, kann ebenfalls ein Rechtsgrund auf Löschung entstehen, doch hat man in diesen Fällen, also auch beim Eintritte einer Consolidation zu berücksichtigen, daß, wenn auf das Folium der Berechtigung Forderungen eingetragen worden sind, die Cassation der letzteren nicht ohne Zustimmung der Hypothekengläubiger, deren Pfandrechte zugleich mit erlöschen würden, erfolgen kann. Die im § 294 gedachte Dereliction ist beim Bau- und Kellerrechte nicht unstatthaft; der entgegengesetzten Ansicht von Wächters a. a. O. S. 246 läßt sich deshalb nicht beistimmen, weil das Bau- und Kellerrecht kein bloßes onus ist, von welchem das Grundstück durch einen Verzicht des Berechtigten befreit würde, sondern ein Recht, welches dadurch, daß ein Folium für dasselbe angelegt worden ist und so lange dieses Folium noch besteht, eine vollkommen selbständige, von dem Grundstücke getrennte Existenz hat, auf deren Fortdauer auch dritte Personen ein Recht haben können. Der Grundeigenthümer ist, vermöge seines Eigenthums, nicht verpflichtet, ein mit Schulden überlastetes Bau- oder Kellerrecht zu übernehmen, er würde aber auch nicht berechtigt sein, die Abtretung eines solchen zu verlangen, falls es der Berechtigte aufgeben wollte. Da überdieß nach §§ 59 und 280 die durch Anlegung eines Foliums entstandenen Bau- und Kellerrechte in Betreff der Eigenthumsverhältnisse als unbewegliche Sachen behandelt werden sollen, ist kein genügender Anlaß vorhanden, dem Berechtigten eintretenden Falls die nach § 294 dem Eigenthümer eines Grundstücks bewilligte Vergünstigung zu versagen.

In wie fern (vergl. §§ 288. 655) der gänzliche Untergang des Bauwerks, z. B. durch Brand, das Erlöschen des Baurechts nach sich ziehe, hängt davon ab, ob dasselbe nur in Bezug auf ein bestimmtes, namentlich ein schon vorhandenes Gebäude, oder im allgemeinen für das H a b e n eines Gebäudes von gewisser Gattung bestellt worden ist. Derselbe Gesichtspunkt ist auch maßgebend für die Frage, ob der Berechtigte das Gebäude abtragen und anstatt dessen ein neues errichten oder sonst wesentliche bauliche Veränderungen vornehmen dürfe.

Nach Beendigung und Erlöschung eines Bau- oder Kellerrechtes steht dem Berechtigten, wenn er das Gebäude selbst errichtet hat, ein Anspruch auf Entschädigung gegen den Grundeigenthümer zu, in so weit derselbe durch die Errichtung des Gebäudes bereichert worden ist. Würde eine Bereicherung nicht eintreten, so hat der Berechtigte nur das jus tollendi, sofern dessen Ausübung ohne wesentliche Beschädigung des Grund und Bodens möglich ist. Selbstverständlich ist, daß, wenn die Berechtigung in Folge eines Rechtsgeschäftes zwischen den Betheiligten aufgehoben wird, hierbei besondere Bestimmungen in der obigen Beziehung getroffen werden können.

Zum Schlusse ist noch Folgendes zu bemerken:

Wenn Berechtigungen, welche ein Folium im Grund- und Hypothekenbuche erhalten haben, im § 59 den unbeweglichen Sachen gleichgestellt worden sind, und nach §§ 280 und 495 rücksichtlich ihrer Erwerbung und Verpfändung nach den vom Eigenthume und Pfandrechte an Grundstücken geltenden Grundsätzen beurtheilt werden sollen, so folgt hieraus nicht, daß diese Berechtigungen in jeder Beziehung als Grundstücke zu behandeln wären. Es ist daher, nach unserem Dafürhalten, die Hinzuschlagung eines Bau- oder Kellerrechtes zu einem Grundstücke (§ 422 folg.) ebenso wenig statthaft, als die Zusammenschreibung eines Bau- und Kellerrechtes auf ein und dasselbe Folium mit einem oder mehreren Grundstücken (§ 64). Denn S a c h e n können mit R e c h t e n an fremden Sachen nicht zu einer

Gesammtsache im Sinne der §§ 62 folg. verbunden werden. Das Gebäude, welches sich auf einem fremden Grundstücke befindet, ist zwar eine Sache, es gehört aber dieses Gebäude, unbeschadet der ausgedehnten Benutzungs- und Dispositionsbefugnisse des Superficiars, nach den Grundsätzen der Accession, zu der **area**, auf welcher es errichtet ist, und der Eigenthümer dieser **area** ist zugleich der Eigenthümer des darauf errichteten Bauwerkes. — Deshalb müssen auch die dem superficiarischen Rechte unterworfenen Gebäude auf dem Folium der **area** (unter Verlautbarung des einem Dritten daran zustehenden superficiarischen Rechtes) eingetragen werden. Da sich nun ein solches Gebäude von seiner **area** nicht trennen läßt, so könnte auch eine Zusammenschreibung desselben mit Grundstücken, welche dem Superficiar eigenthümlich gehören, auf ein Folium, oder eine Hinzuschlagung des ersteren zu dergleichen Grundstücken nur durch eine, mit dem Begriffe und Wesen der Bau- und Kellerrechte unvereinbare Veräußerung und Abtrennung der **area** zur Ausführung gelangen. Die §§ 64. 422 sprechen auch lediglich von Grundstücken, nicht von Rechten an fremden Grundstücken. Unter den Begriff der im § 115 der Ger.-Ordnung vom 9. Januar 1865 erwähnten „fruchtbringenden, mit einem Grundstücke verbundenen Berechtigungen", welche auf Antrag des Eigenthümers in das Grundbuch eingetragen werden dürfen, läßt sich die Superficies offenbar nicht bringen, da sie niemals für ein Grundstück, sondern nur für die Person des Superficiars und seiner Rechtsnachfolger erworben werden kann, und ein selbständiges, von dem Besitze eines Grundstücks unabhängiges **jus in re aliena** ist.

Druck von Ackermann u. Glaser in Leipzig.